

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA COMMANDE

(EL QIRÂD)

EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

Le 30 Juin 1910

PAR

BENALI FEKAR

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. *, I. Q, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, *, I. Q, professeur honoraire.

FLURER, I. Q, professeur de Droit civil, Doyen.

GARRAUD, I. Q, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. Q, professeur de Droit romain.

THALLER, *, I. Q, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. Q, professeur honoraire.

COHENDY, *, I. Q, professeur de Droit commercial.

PIC, I. Q, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. Q, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. Q, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. Q, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. Q, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. Q, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. Q, professeur d'Économie politique.

HUVELIN, A. Q, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. Q, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. Q, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique

WALAS, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. Q, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HUVELIN, professeur.

Suffragants { MM. LAMBERT, professeur.
COHENDY, professeur.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA COMMANDE

(EL QIRÂD)

EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

Le 30 Juin 1910

PAR

BENALI FEKAR



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MONSIEUR AUGUSTE ISAAC

PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE LYON

Hommage d'affectueuse sympathie .

BIBLIOGRAPHIE

Coran et commentaires.

El-Fakhr-Errâzi. — Commentaires du Coran. 8 vol. Constantinople, 1294.

Tabari (Ibn Djarir). — Commentaires du Coran, 30 vol. Caire, 1321.

Zamekhchâri. — Elkechchâf, 2 vol. Boulâq, 1281.

Baydâwi. — Commentaires du Coran, 2 vol. Caire, 1285.

Hadiths, histoire et droit.

Mâlek ibn Anas. — El-Mouwatta, 4 vol., Caire 1310.

Zurqâni. — Commentaire d'El-Mouwatta.

Abou Dâoud. — Sounan-Enmarge d'El-Mouwata.

Tabari. — Tsarikh erroussoul wal moulouk. (Annales de : Lugd-Bat. E. J. Brill, 1881-1882).

Diarbekri. — Tsarikh el Khamis, 2 vol. Caire, 1283.

Nour Eddine' Ali El-Halebi. — Insân El'Ouyoun, 3 vol. Caire, 1280.

Mohammed ibn S'ad. — Ettabaqat el Kebirât Leyde, 1905.

Aboul Fêda. -- Vie du Prophète. Texte arabe et traduction français de Noël des Vergers. Paris impr. roy., 1838.

William Marçais. — Article Mohammed, Grande encyclopédie.

Saleilles. — Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite Annales de droit commercial. t. IX, 1895 et t. XI, 1897.

- Abou-Hanifa*. — La Hidâya. Calcutta, 1834.
- Paul Huvelin*. — Histoire du droit commercial. Revue de Synthèse historique, t. VII, 1903 et t. VIII, 1904.
- Sahnoun ibn Sa'id Ettanoukhi*. — El-Moudawwana el-Koubra. Ouvrage imprimé pour la première fois, 16 vol. Caire, 1323.
- Khalil ibn Ishâq*. — Mokhtağâr. Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite de Mlâik. Texte arabe, Paris, imprim. nation., 1857.
- Kharchi*. — Commentaire de Sidi Khelil, 5 vol. Caire, 1316.
- Adawi*. — Sur Kharchi.
- Derdir*. — Commentaires de S. Khelil, 4 vol., Boulâq, 1281.
- Dassouqi*. — Sur Derdir.
- Ibn 'Acem*. — Tohfât. Texte arabe et traduction française de O. Houdas et F. Martel, Gavault, Saint-Léger, Alger, 1890.
- Ibn 'Abidin*. — Reddoul-Mouhtâr aladdourroulmokhtâr, 7 vol. Caire, 1260.
- Gazâli*. — Ihyâ'Ouloum eddin, 4 vol. Caire, 1278.
- Ibn Omar Echchaïbâni*. — Neïl-el-Maârib. Caire, 1282.
- Ennebrâwi*. — Sur Abou Chodja', 2 vol. Caire 1289.
- Abou-Chodjâ*. — Minhâdj-Ettalibin. Texte arabe et traduction française de L. W. Van den Berg, 3 vol. Batavia, 1883.
- Kohler*. — Die commenda im Islamitischen recht, Würzburg, 1885.
- Emil Cohn*. — Der Wucher in Qorâncadith und fiqh, 1903.
- Querry*. — Recueil de lois concernant les musulmans Schiïtes. Paris, Imp. Nation. 1871.
- Perron*. — Exploration scientifique de l'Algérie. Paris, Imp Nat. 1851.
- Seignette*. — Code musulman par Khalil, Alger, Jourdan. Paris, Challamel, 1878.

INTRODUCTION

Notions générales. — Définition.

La commande (*Qirâd*) du droit musulman est étudiée par les auteurs islamiques avec beaucoup de minutie mais peu de méthode. Il importe donc d'en tracer un aperçu schématique afin de permettre au lecteur d'en saisir les traits caractéristiques et d'en suivre les développements ultérieurs avec l'intérêt que mérite le sujet.

Malgré un effort constant d'arriver à une exposition aussi claire que possible; nous ne saurions nous flatter d'avoir complètement échappé à l'influence des docteurs musulmans dont les vues souvent ingénieuses sont présentées sans enchaînement logique.

Le contrat de commande constitue un instrument économique de premier ordre. Bien qu'il soit en réalité une forme du prêt à intérêt, au point de vue purement juridique les auteurs les opposent l'un à l'autre. L'utilité pratique de cette convention ressort de la définition qu'on en donne généralement : « C'est d'abord, dit-on, la remise d'un capital en espèces déterminées (or ou argent) et dénombrées, par une personne à une autre, afin de le faire valoir et sous réserve d'une part dans les bénéfices. »

But.

Le *girâd*, ajoute-t-on ^{ex} permet aussi au capitaliste de tirer profit de ses richesses les confiant à un tiers qui les consacrera à des entreprises commerciales. C'est une collaboration du capital (*mâl*) et du travail (*'amal*). Le bailleur de fonds (*rabboul-mâl*) pourrait faute de temps ou d'expérience, ne pas être à même de se livrer à des opérations commerciales et d'autre part, l'agent (*'âmil*) tout en ayant l'éducation nécessaire, pourrait ne pas disposer des capitaux indispensables. Ainsi donc la commande est avantageuse à trois points de vue : elle permet au capitaliste de tirer profit de ses biens, à l'agent d'utiliser son expérience et son activité, et au capital de se développer (*littenmia*).

Les parties contractantes. — La terminologie.

Parmi les difficultés inévitables que nous avons rencontrées, celles qui proviennent de la terminologie juridique musulmane n'ont pas été les plus faciles à résoudre. A cet égard nous appelons l'attention du lecteur sur la méthode que nous avons cru devoir suivre dans le cours de cette étude. Tout d'abord, en ce qui concerne les parties contractantes force nous a été d'utiliser plusieurs termes pour désigner l'une ou l'autre de ces parties. Nous nous sommes attaché à rendre l'idée juridique arabe au détriment, un peu de terminologie française. Un sacrifice était nécessaire et c'est dans ce sens que nous l'avons fait. C'est ainsi que nous dirons tantôt l'agent, tantôt le

preneur, tantôt le commandité pour désigner la même personne; nous emploierons d'autre part comme synonymes les expressions bailleur de fonds et commanditaire. Nous aurions peut être pu, à la rigueur, donner les expressions techniques consacrées par la doctrine arabe, mais outre que le lecteur n'aurait pas pu éviter certaines confusions entre des mots apparemment identiques, il se serait vu imposer un effort de mémoire pour en retenir le sens, effort digne d'un meilleur emploi.

La commande proprement dite et la commande d'usage.

En dehors des règles prévues en matière de commande proprement dite et que nous n'avons pas à examiner pour le moment, il en existe d'autres relatives à une commande appelée d'usage. La première de ces deux formes de commande est celle que les parties ont conclue en observant les conditions prescrites pour la validité du contrat. Mais dans bien des cas il arrive que l'une ou l'autre de ces conditions n'a pas été observée. L'infraction entraîne alors la nullité relative de la convention et même la nullité radicale suivant les cas.

La nullité relative consiste à substituer à la volonté des parties, les règles du droit commun ou plus exactement de l'usage. C'est ce qu'on appelle en doctrine le *girádoul mitli* ou *girádou mitlihi* par opposition au *girád* ordinaire.

Les auteurs musulmans n'ont donné aucune explication à ce sujet, mais il semble, comme on le verra dans la suite que cette substitution du droit commun à l'accord

des parties, provient de ce qu'une des clauses du contrat constitue un abus de la part de celle qui en profite et par suite entache le consentement de l'autre parce qu'il a dû lui être imposé. C'est l'inégalité qui en résulte que l'application de l'usage permettrait d'éviter.

La liberté la plus grande est laissée aux parties en matière de commande, mais faut-il aussi qu'elle n'ait pas pour conséquence de mettre l'un des cocontractants sous la dépendance absolue de l'autre.

Voici un exemple des conditions jugées incompatibles avec la nature de la commande. Le bailleur impose à l'agent de s'installer dans un local de son choix, ou exige sa main-d'œuvre dans la confection des objets destinés à la vente, etc. Il est évident qu'il y a atteinte à la liberté d'action et au droit d'initiative de l'agent.

La commande et le contrat de louage.

L'inobservation de certaines règles prescrites en cette matière peut avoir d'autres conséquences. Dans ce cas le contrat de commande dégénère en louage. L'infraction est jugée beaucoup plus grave et c'est pour cette raison que l'agent devient un simple salarié pour les services qu'il aura rendus au bailleur de fonds. Ici donc c'est la nature juridique de la convention qui est affectée.

Ainsi l'agent ne doit pas s'associer avec un tiers, ni céder au prix de revient les marchandises de la commande, ni consacrer le fonds social à une entreprise agricole en raison des risques à courir, etc. Cependant certaines conditions restrictives des droits de l'agent ne sont édictées

qu'en vue de protéger les intérêts du bailleur ou plus exactement de la Société. Or si ces actes ont été faits avec son autorisation, il n'y a plus de raison de les interdire et le contrat sera parfaitement valable.

Distinction entre la commande d'usage et le contrat de louage.

Cette distinction ressort des conséquences suivantes qui découlent de la déchéance d'un contrat de commande en louage.

1° Lorsqu'à la suite d'une infraction aux principes qui régissent la commande, celle-ci dégénère en louage, le salaire dû à l'agent fait naître à son profit une créance contre le bailleur, quels que soient les résultats de l'entreprise;

2° Cette créance de l'agent est dépourvue de tout privilège. Aussi concourt-il au même titre que les autres créanciers du bailleur pour le paiement de son salaire:

3° Si, au contraire, la commande simple dégénère en une commande d'usage, l'agent aura un privilège pour le paiement de sa part dans les bénéfices, à l'exclusion des autres créanciers du bailleur.

La commande et l'usure.

La commande n'a pas manqué d'inspirer aux auteurs musulmans un rapprochement avec le contrat de prêt à intérêt. En mettant en opposition, dans la première, l'élément capital et l'élément travail, sa légitimité leur

paraît certaine et incontestable, tandis que dans le deuxième, il n'y a aucun avantage apparent à leur avis, si ce n'est le profit illicite que le prêteur peut retirer du prêt. Bien que les avantages économiques de la commande ne soient nulle part mis en relief, les inconvénients du prêt à intérêt sont au contraire exposés avec un grand luxe de détails, qui n'ont rien à faire avec le droit proprement dit.

Aussi ne se sont-ils pas fait faute d'assimiler certaines conditions dans lesquelles on conclut une convention de commande au contrat de prêt à intérêt ou d'usure, ce qui revient au même en droit musulman. Ainsi une personne emprunte une certaine somme d'argent en vue d'une affaire imprévue et urgente, avec promesse d'intéresser le bailleur (prêteur en la circonstance). Pour que le contrat n'ait pas un caractère usuraire, il faut que le prêteur ignore et la nature de la marchandise à acheter et le nom du vendeur.

Cette préoccupation de la doctrine musulmane on la retrouve jusque dans les modes de preuve en matière de commande. Le bailleur déclare par exemple qu'il a avancé les fonds à titre de prêt, on ne saurait lui attribuer une part dans les bénéfices que l'entreprise aurait procurés. De même, si l'agent prétend que les fonds qu'il détient lui ont été remis à titre de prêt et non de commande, sa déclaration fera foi, car on présume que le bailleur en soutenant le contraire, cherche à en tirer profit. Bien mieux, la partie qui se prévaut du prêt aura toujours gain de cause.

La commande et le mandat.

On compare sans cesse, dans la doctrine juridique musulmane, le rôle de l'agent dans la commande à celui d'un mandataire. Il importe de ne pas exagérer la portée de ce mandat et à cet égard un peu de précision est nécessaire. L'agent est mandataire non seulement vis-à-vis du bailleur, mais surtout vis-à-vis du capital qui lui est confié.

Ainsi, dans ses rapports avec les tiers il est propriétaire de ces fonds et dans ses rapports avec le bailleur il l'est aussi, mais tant qu'il agit dans les limites des pouvoirs qu'il tient de la convention qui les lie. Il cesse de l'être dès qu'il les dépasse et sa responsabilité pécuniaire est engagée plus ou moins gravement suivant les cas. Par exemple, l'agent s'est associé avec un tiers à titre de commande en utilisant les fonds mêmes qui lui ont été confiés. Comme sanction les bénéfices réalisés seront partagés entre ce tiers (sous-agent) et le bailleur. De plus s'il a réservé à ce co-agent une part plus grande que la sienne dans les bénéfices, il sera débiteur envers lui de la différence. Enfin, les risques seront à sa charge, alors même que les fonds n'auront pas été employés.

Les pouvoirs de l'agent, en tant que mandataire sont définis par les termes mêmes de la convention (tacites ou exprès), par lesquels le bailleur peut assigner une limite à son initiative. Mais ces limites ne doivent pas être telles qu'elles soient incompatibles avec la nature de la commande et par suite du mandat, puisque l'une et l'autre sont faites *intuitu personæ*, en considération même de la personne du preneur.

Tels sont, en termes généraux, les caractères saillants du contrat de commande. Présente-t-il dans la pratique les mêmes caractères ? C'est ce qu'il est difficile de pouvoir affirmer avec certitude. Car, outre qu'il est susceptible d'applications nombreuses dans le domaine purement commercial, il peut porter sur une entreprise agricole. Or, d'après les constatations que nous avons pu recueillir, la coutume de Tlemcen (Algérie) est loin de tenir compte de toutes les conditions de validité prescrites par les docteurs musulmans. On nous a affirmé d'autre part, qu'au Maroc, à Fez notamment, certaines règles ne sont observées que sur le papier, c'est-à-dire dans l'acte même qui est rédigé à cet effet, et n'ont que la valeur de clauses de style. Evidemment une confrontation à cet égard serait intéressante au premier chef, mais les éléments de comparaison font défaut jusqu'à présent.

Malgré cette lacune, il n'en demeure pas moins vrai que la commande arabe joue un rôle capital dans les transactions commerciales en pays musulman. L'interdiction du prêt à intérêt, bien que peu observée, en réalité, lui assure une vitalité plus forte.

Il faut espérer que les musulmans sauront en tirer tout le profit qu'elle est susceptible de donner, au point de vue de l'activité et de la production économiques.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Origine de la commande. — Parallelisme avec l'organisation caravanière. — La commandite constitue un des nombreux emprunts faits par le droit occidental au droit musulman.

Parmi les contrats dont s'occupe le droit musulman la commande est un de ceux qu'il a empruntés intégralement à la coutume antéislamique. Il n'y a pas seulement emprunt au sens que l'on attache d'ordinaire à ce mot, mais mieux : adoption pure et simple.

La commande est aussi dans une certaine mesure l'œuvre des *imâms* ou chefs des quatre rites orthodoxes. Après eux les auteurs ne se sont pas uniquement bornés à enregistrer les usages anciens, mais se sont appliqués à les régler en s'inspirant surtout des mesures prohibitives édictées par la religion musulmane contre les conventions usuraires, si répandues à l'époque antéislamique (*djâhilya*).

L'idée de fixer les conditions dans lesquelles on contractait en vue d'une association en commande est donc

demeurée absolument étrangère à l'esprit des docteurs musulmans.

Ces réserves étant faites, on peut dire que l'œuvre de la jurisprudence musulmane est presque laïque, car ce n'est ni dans le Coran, ni dans les *hadiths* (traditions) sources primordiales de toute la législation musulmane qu'il faut rechercher les règles qui régissent le contrat de commande.

Mais alors peut-on accepter la forme dans laquelle ce contrat nous est présenté par les auteurs comme étant celle de la coutume antéislamique? Non assurément. Telle que nous la dégagerons de l'œuvre des juriconsultes, la commande pourrait bien être dans ses grandes lignes celle que connut la *Djâhilya*, mais la liberté quasi absolue qui régnait alors dans les transactions commerciales a dû être limitée par les nombreuses restrictions qui intervinrent avec l'Islâm et surtout avec les exégètes de la loi coranique. Les mesures édictées contre l'usure et les conventions aléatoires ont été étendues, sans aucun doute à certaines clauses relatives à la commande. Et c'est ici seulement que l'hypothèse d'avoir innové en cette matière peut être émise à l'égard du droit musulman.

On trouve, en effet, des prescriptions à caractère préventif, communes à l'usure et à la commande, inspirées dans les deux cas, par la crainte de voir les parties contractantes recourir à des moyens indirects pour conclure suivant leur volonté.

Le silence absolu du Coran et des *hadiths* au sujet de la commande n'a pas empêché les auteurs musulmans de la rattacher à deux passages du Livre-Saint. Ils y voient, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer,

la légitimation nécessaire à ce mode de contracter. A notre avis il n'y a qu'un rapport assez lointain entre les passages en question et la matière qui nous occupe ; car il y est simplement recommandé de rechercher les « faveurs de Dieu » dans un voyage ou dans toute autre entreprise.

Le contrat de commande est donc un héritage de la *Djähilya*. Avant comme après l'avènement de l'Islâm, il constitue le facteur par excellence des transactions commerciales chez les peuples musulmans (1). On peut même dire que la commande acquit une importance plus grande après l'apparition de l'Islâm en raison de la réaction provoquée par la nouvelle religion contre certains usages chers aux Arabes de l'époque antéislamique, tels que l'usure, les contrats aléatoires, les jeux du hasard, etc. Ces conventions étant expressément interdites, le courant économique se reporta fatalement dans ce sens. En effet non seulement le Coran et les hadiths encouragèrent le développement des échanges commerciaux, mais aussi l'exemple du Prophète et de plusieurs de ses compagnons recommandait et légitimait la collaboration du capital et du travail sous la forme du *qirād* (commande).

Mais la commande est-elle née des nécessités économiques et géographiques particulières aux conditions d'existence des populations de l'Arabie ou bien constitue-t-elle un emprunt fait aux peuples qui étaient en rapport avec ces populations ? Il est probable que c'est la première

(1) Contrairement à ce que semble croire *M. Kohler*, qu'elle n'a été connue que du temps du Prophète. Cf. *Kohler : Die commenda im islamitischen recht*, p. 3.

hypothèse qu'il faut admettre et cela pour des raisons multiples.

D'abord la nature même du pays obligeait et oblige encore ses habitants à importer des autres régions mieux favorisées, certains produits que l'ingratitude du sol, les rigueurs du climat et aussi les moyens tout à fait insuffisants de production, ne leur permettaient pas d'obtenir chez eux. Par contre on exportait de la presque île arabe certains produits recherchés ailleurs.

Les échanges commerciaux nés dans ces conditions étendent avec leur développement le rayon d'action des trafiquants. Ils exigent aussi une organisation plus conforme aux nouveaux besoins et plus en mesure de résister aux difficultés des longs parcours : difficultés que l'insécurité des routes rendait particulièrement graves. De là la nécessité de se grouper et de se réunir en nombre suffisant pour s'assurer une protection mutuelle contre tant de risques à courir. Voilà l'origine de l'institution des caravanes et de son corollaire la commande.

Telle a été de tout temps la situation des habitants de la Mekke dont la principale, sinon l'unique ressource était dans le trafic par caravane. La cause initiale de l'enrichissement des Mekkois n'est pas seulement d'ordre économique, elle est aussi d'ordre religieux. La Ka'aba où se passent la plupart des cérémonies du pèlerinage, se trouve dit-on, sur l'emplacement de l'ancien temple d'Abraham. Or, sous la *Djähilya*, elle était le lieu de rendez-vous pour la célébration des mêmes cérémonies, que l'Islâm a consacrées en partie en en faisant une des cinq obligations fondamentales de son dogme.

De nos jours, le mouvement commercial provoqué par l'affluence annuelle d'environ 300.000 pèlerins dans les

lieux saints de la Mekke et de Médine est encore considérable. Il est probable qu'en raison des moyens rapides et confortables de transport dont on dispose actuellement, ce mouvement se développera davantage. Un instrument économique tel que le chemin de fer du Hedjâz, construit avec des fonds provenant de souscriptions des musulmans de tous les pays, constitue un moyen de pénétration incomparable. Ayant atteint Médine dans le courant de l'année dernière, il atteindra la Mekke sous peu.

De plus, nous devons ajouter à cet égard, que la plupart des pèlerins, de retour des lieux saints, rapportent des produits d'Arabie (ou considérés comme tels), qu'ils revendent ensuite à des prix très rémunérateurs, car en raison même de leur provenance, ils sont recherchés par la masse des croyants. Ainsi donc, le pèlerin en général, est en même temps un commerçant.

En jetant un coup d'œil sur les moyens de communication existant à l'heure actuelle dans les pays musulmans non encore pourvus de l'outillage économique moderne, on est frappé de l'importance qu'y occupe l'organisation des caravanes. Ce qui est le cas du Maroc. Mais au fur et à mesure que l'on crée des routes et des voies ferrées, les caravanes disparaissent ou se déplacent. Ainsi en Algérie, par exemple, on ne voit plus arriver à époques fixes, ces longues théories de convois qui alimentaient certains marchés des produits de l'extrême-sud algérien, en même temps qu'ils s'approvisionnaient d'objets manufacturés et de céréales.

Il est évident que l'origine de la commande du droit musulman se confond avec celle de l'organisation caravanière. C'est donc une institution purement arabe née

des conditions économiques et géographiques dans lesquelles vivaient et vivent encore certaines agglomérations de l'Arabie.

Avec le développement de l'empire musulman, la commandite prit de l'ampleur en raison même des distances toujours plus grandes à parcourir. Les caravanes ont seules assuré la régularité des échanges commerciaux. Les moyens de transport maritime ne furent pas négligés non plus par les musulmans, mais il est probable qu'ils n'atteignirent jamais l'importance des premiers.

Les relations économiques des Arabes avec les peuples chrétiens de Syrie, les républiques italiennes et l'Espagne ont dû exercer une influence considérable par leurs usages commerciaux, influence réciproque d'une manière générale, mais unilatérale à certains égards.

La part qui revient au droit musulman en ce qui concerne le contrat de *girâd* (commandite) est certaine (1), sinon absolue. Ce n'est d'ailleurs pas le seul emprunt que le droit occidental ait fait à l'Islâm puisqu'on peut citer entre autres, la convention de *Mohâttra* que nous croyons dériver de la *Mokhâdara* (2), ainsi que le report (3).

De plus, le caractère essentiellement arabe de la commande ressort de son ancienneté dans les usages commerciaux de l'Arabie antéislamique, tandis que rien n'est plus incertain que l'origine de ce contrat en droit romain. Ce dernier a connu le dépôt irrégulier dans lequel on stipulait du dépositaire des annuités ou des intérêts, mais cela n'a aucun rapport avec les caractères

(1) *Kohler*, Die commenda im Islamitischen recht.

(2) *B. Fekar*, L'usure du droit musulman, p. 23.

(3) *Emil Cohn*, Der Wucher..

propres au *qirád* musulman et par conséquent, il y a là un contrat de prêt à intérêt (1).

Il est vrai que la commande est susceptible d'innombrables applications et que des contrats tels que le complant, le métayage, le cheptel, la lettre de change, etc., peuvent à la rigueur, s'y ramener (2).

Ces divers rapports juridiques où il y a association du capital et du travail avec partage des bénéfices et des risques ne doivent pas être étrangers à la constitution de la commande (3).

Néanmoins l'apparition de cette dernière dans sa forme presque définitive s'impose à l'attention de tous dès le XIV^e siècle, ce qui coïncide avec le développement des rapports économiques déjà séculaires entre le monde musulman et les peuples occidentaux. A cette époque seulement on a admis que les deux parties contractantes dans une convention de commande, étaient associées et non liées par des obligations d'emprunteur à prêteur (4), ce qui est un des traits caractéristiques du *qirád* en droit musulman.

A un autre point de vue, la commande musulmane comme toutes les transactions commerciales (5) échappe aux rigueurs du formalisme traditionnel qui caractérise la jurisprudence islamique. Par suite, elle est essentiellement laïque et repose en principe sur la seule volonté

(1) A. Saleilles, Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite, *Annales de droit commercial*, t. IX, p. 18, 1895.

(2) Paul Huvelin, Histoire du droit commercial, *Revue de synthèse historique*, t. VII, p. 61, 1903.

(3) A. Saleilles, *loc. cit.*, p. 18.

(4) A. Saleilles, p. 25.

(5) Paul Huvelin, *loc. cit.*, p. 61.

des parties. En matière de preuve, le juge doit s'en rapporter aux règles établies par la coutume.

Les principaux caractères du droit commercial en général, se retrouvent dans cette partie du droit musulman (1).

Pour toutes ces raisons, le *qirâd* n'a soulevé aucune controverse de principe dans la doctrine musulmane, sauf cependant — sur quelques points de détail et cela malgré les efforts des auteurs en vue d'une réglementation étroite de ce contrat. On doit ajouter aussi que la place qu'occupe le *qirâd* dans la littérature juridique n'est pas en rapport avec le rôle qu'il joue dans la vie économique.

(1) *Paul Huvelin, loc. cit.*, pp. 73 et 334.

CHAPITRE II

Sources de la commande : le Coran et les Hadiths (tradition). — Le Prophète fut commandité par sa femme Khadidja. — Un cas historique rapporté par Mâlek ibn Anas.

Nous avons fait allusion dans le chapitre précédent à deux passages du Coran auxquels les auteurs musulmans exégètes et jurisconsultes rattachent la commande. Comme on va le voir il n'y a qu'un rapport assez lointain entre les versets ci-après et la matière que nous étudions, car ils ont l'un et l'autre une portée générale et aussi un sens assez vague. Dans le premier il est dit : « ... *et d'autres se répandent (voyagent) sur la terre afin de rechercher un bienfait (profit) de Dieu* (1). »

Le deuxième passage est ainsi conçu : « ... *ce n'est pas un péché pour vous de solliciter (rechercher) un bienfait (profit) de Dieu* (2). »

On fait dériver, généralement, le principal nom de la commande *moudâraba* de la racine *daraba* (voyager) et de la forme transitive *dâraba*.

Nous reviendrons d'ailleurs sur l'étymologie de ce

(1) Coran, *Sourate* 73, verset 20. *Tabari*, VIII, p. 76. *Baydâwi*, II, p. 560. *El Fakhr Errâzi*, VIII, p. 345, *in fine* et 346.

(2) Coran, *Sourate* 2, verset 194. *Tabari*, II, pp. 158 et 159. *Baydâwi*, I, p. 145. *El Fakhr Errâzi*, II, pp. 254 et 255.

terme, lorsque nous parlerons des noms consacrés par la terminologie arabe pour désigner la commande.

Là se borne tout l'intérêt de la première citation. Quant à la deuxième elle a une origine historique dont l'importance au point de vue économique n'a échappé à aucun des nombreux exégètes du Coran.

Avant la révélation du verset en question, le zèle et la ferveur des nouveaux adeptes de l'Islâm naissant, leur firent considérer comme indigne d'eux tout ce que pouvait leur rappeler les usages de l'époque antéislamique ou *Djahilya* (1) (ignorance).

Certaines restrictions rigoureuses furent imposées aux musulmans pendant les cérémonies du pèlerinage. Le trafic considérable auquel donnait lieu la visite aux lieux saints en fut irrémédiablement atteint. Ainsi les Arabes dans leur ardeur de néophytes crurent devoir manifester un mépris absolu à l'égard de toutes les transactions commerciales (2). Or, l'absence de certaines denrées de première nécessité, dans les marchés, engendra des conséquences fâcheuses. Le rigorisme des musulmans fut tel qu'ils considérèrent comme indignes du titre de pèlerins (3) (*hadjj*) les entrepreneurs de transport, les guides et les trafiquants. Cette abstention générale qui rappelle le boycottage moderne, mit fin à l'activité et à la prospérité des fameuses foires d'Okâz, Madjanna, et Dzoulmadjâz (4). C'est alors qu'intervint le verset recom-

(1) *Tabari*, III, pp. 458-459. *El Fakhr Errâzi*, II, pp. 254-255. *Baydâwi*, II, p. 560.

(2) *Tabari*, *ibid.* *El Fakhr Errâzi*, *ibid.* *Baydâwi*, *ibid.*

(3) *Tabari*, *El Fakhr Errâzi*, *Baydâwi*, *ibid.*

(4) *Ibid.*

mandant aux croyants de « rechercher un bienfait de Dieu ».

Si dans le Coran on ne trouve aucune indication précise, ni même une allusion directe à la commande, les hadiths ou traditions ne nous éclairent guère mieux. Aussi devons-nous dire avec Zurqâni le commentateur du *Mouwatta* de l'imâm Mâlek, que le contrat de commandite n'a sa source ni dans le Coran, ni dans la Sounna (1). Etant en usage dans la *Djâhilya*, il fut maintenu par l'Islâm et reconnu par les Imâms (*idjma'a*).

L'origine certaine du contrat de commandite est dans l'exemple donné par le Prophète lui-même en s'associant avec Khâdidja, fille de Khouweïlid avant leur mariage.

Il avait vingt-cinq ans environ, d'après la plupart des historiens arabes (2), lorsqu'un jour son oncle paternel Abou-Tâleb, se trouvant dans une gêne extrême, l'engagea à aller offrir ses services à Khâdidja, alors veuve et riche qui s'occupait d'entreprises commerciales pour lesquelles elle commanditait diverses personnes, ainsi d'ailleurs que la plupart des gens de la Mekke, les Qoreïchites notamment. Malgré les assurances de son oncle sur le succès éventuel de sa démarche, le Prophète hésita et estima que c'était de Khâdidja que les offres devaient venir. Abou-Tâleb trouva, dit-on, sa prétention excessive (*amrann moudbirann*).

Khâdidja eut connaissance de l'entretien d'Abou Tâleb

(1) *Mâlek*, El Mouwatta, III, p. 456.

(2) *Tabari*, Tsarikh erroussoul walmouhouk, I, p. 4073-4686. *Dah-lâ*, Essyar Ennabawya, I, p. 77. *Nouz. Eddin*, Ali El-Halebi. Insân el'Ouyoun, I, 166. *Diarbekri*, Tsarikh el Khamis, I, 260. *Aboulfeda*, Vie de Mohammed, texte arabe et traduction de Noël des Vergers, pp. 10 et 11.

avec son neveu. Elle fit demander ce dernier et lui dit que le connaissant de réputation comme un parfait honnête homme, elle lui proposait de l'associer dans une entreprise commerciale à des conditions très avantageuses. Il accepta et se rendit en Syrie en compagnie de Maïçara, esclave de Khâdidja avec une caravane qui quittait la Mekke à ce moment même. C'est à Basra qu'il vendit ses marchandises. Il revint à la Mekke avec la même caravane. Après avoir rendu compte de ses opérations à Khâdidja, celle-ci lui confia d'autres capitaux plus importants (1).

D'après une autre version, on rapporte que Maïçara lui aurait fait la déclaration suivante : « Nous avons entrepris plus de quarante voyages pour le compte de Khâdidja et jamais nous n'avons réalisé d'aussi gros bénéfices que ceux que nous devons à ta collaboration (2). » En outre, le Prophète aurait été commandité, deux fois, par Khâdidja, pour se rendre à la foire d'Ourach, localité du Yémen (3).

Quant à ses voyages en Syrie, il n'est pas certain qu'il en ait entrepris plus de deux dans un but commercial.

Tels sont, en substance, tous les renseignements que donnent les auteurs musulmans sur les différentes opérations que fit le Prophète pour le compte d'autrui. En revanche, ils s'étendent longuement sur les miracles dont ses compagnons de voyage furent témoins. Force nous est par conséquent de nous contenter des règles juridiques

(1) *Tabari*, I, pp. 1127-1128. *Dahlân*, loc. cit., p. 78. Cf. *W. Margais*, art. « Mohammed » dans la Grande Encyclopédie. *Mohammed Ibn Sa'ad* : *Ettabaqât el Kebirat*, pp. 75 et 76. *Tsariikh-el-Khâmis*, loc. cit., I, p. 260. *Insân el'Ouyoun*, loc. cit., I, p. 166.

(2) *Dahlân*, *ibid.*

(3) *Ibid.*

établies en cette matière par les jurisconsultes musulmans.

Il convient cependant de ne pas passer sous silence quelques rares hadiths rapportés par deux auteurs, Mâlek (1) et Abou-Dâoud (2). Le premier dit que le khalife 'Omar, son fils 'Abdallah, Aïcha, épouse du Prophète et] Ibn Messaoud recommandèrent d'employer les biens des mineurs dans des entreprises commerciales afin de ne pas les laisser réduire (manger) par les prélèvements de l'impôt *zekât*.

On cite, en outre, deux hadiths dans ce sens (3) : « *placez les biens des mineurs (orphelins)*, a dit le Prophète, *afin qu'ils ne soient pas réduits (mangés) par le zekât !* » — « *que celui qui gère les biens d'un mineur (orphelin)* a-t-il dit encore, *les emploie dans le commerce et qu'il ne les abandonne pas à l'impôt zekât qui ne peut que les réduire !* »

Abou Dâoud rapporte dans ses Sounan (4) d'après 'Orwa El Bariqi, que le Prophète lui remit un dînâr (pièce d'or) pour acheter un mouton. 'Orwa en eût deux pour cette somme. Il en revendit un pour un dînâr qu'il rapporta ainsi que l'autre mouton au Prophète. Celui-ci invoqua la bénédiction de Dieu (*baraka*) en sa faveur.

Le même auteur rapporte un autre hadith d'après Hozeïm ibn El-Hazzâm, à qui le Prophète donna un dînâr à l'effet de lui acheter un mouton. Hozeïm fit l'acquisition d'un mouton qu'il revendit pour deux

(1) *Mâlek*, El Mouwatta, III, p. 156.

(2) *Abou Dâoud*, Sounan, en marge d'El Mouwatta, III, p. 172.

(3) El Mouwatta, III, p. 156.

(4) Sounan, en marge d'El Mouwatta, III, p. 172.

dînârs. Il en acheta un second moyennant un dînâr, et rapporta l'autre, ainsi que la bête, au Prophète. L'Envoyé de Dieu invoqua la bénédiction divine en sa faveur (1).

Outre les deux hadiths cités par Mâlek dans le *Mouwattâ*, il raconte un fait qui éclaire d'un jour nouveau l'histoire de la commandite dans les premières années de l'apparition de l'Islam.

Aslam rapporte, d'après son père, que 'Abdallah et 'Obeïdallah (les deux fils d'Omar ben El-Khattâb) de retour d'une campagne dans l'Irâq, s'arrêtèrent chez Abou-Moussa El-Ach'âri, gouverneur de Basra, qui les reçut avec les égards dus à leur rang. Après leur avoir demandé ce qu'il pourrait bien faire pour leur être agréable, il se ravisa et dit : « J'ai ici quelques biens (des biens de Dieu) que j'ai l'intention d'envoyer au khalife (*émir el mou'minin*, prince des croyants, qui était alors 'Omar ben El-Khattâb). Je vous les confierai. Vous achèterez des produits de l'Irâq, que vous revendrez ensuite à Médine. Vous restituerez le capital entre les mains du khalife et vous garderez pour vous le bénéfice que vous aurez réalisé. »

Zurqâni (3) dit que Abou Moussa, d'après l'opinion d'El Bâdji, n'avait pas seulement en vue la mise en sûreté des biens en question, mais aussi l'intérêt des dépositaires qui, à ce titre, répondaient du dépôt confié à leurs soins (4).

(1) Sounan, en marge d'El Mouwattâ, III, p. 172.

(2) El Mouwattâ, III, p. 156.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

Les deux frères 'Abdallah et 'Obeïdallah remirent au khalife les sommes qu'ils avaient reçues dès qu'ils eurent vendu les marchandises qu'ils importèrent de l'Iraq et après avoir gardé les bénéfices réalisés.

'Omar leur demanda si Abou-Moussa, le gouverneur de Basra, avait agi de même à l'égard de leurs compagnons d'armes. Sur la réponse négative de ses fils, il s'écria : « Ainsi il vous a favorisés parce que vous êtes les enfants du Prince des Croyants ! Restituez le capital et les bénéfices ! »

'Obeïd Allah lui fit remarquer qu'en faisant une opération de ce genre, ils s'étaient chargés conjointement, son frère et lui, des risques que couraient les capitaux qui leur avaient été remis. Le khalife ne s'inclinant pas devant cette justification, leur enjoignit à nouveau de tout restituer, sous prétexte que le capital étant la propriété de la communauté musulmane, c'était à cette dernière que les bénéfices revenaient de droit. A ce moment, un personnage de l'entourage d'Omar lui fit observer que l'opération faite par ses fils était parfaitement licite en tant que commande. Le khalife se rendit à cet argument et décida de juger l'affaire comme telle (1) (*qad dja'altouhou qirâden*). Puis il s'empara du capital et de la moitié des bénéfices comme part revenant au Trésor à titre de commanditaire. L'autre moitié fut laissée aux deux frères 'Abdallah et 'Obeïdallah à titre d'agents commandités.

Zurqâni ajoute (2) que Mâlek a voulu montrer par cet exemple que la commandite était connue sous 'Omar et

(1) El Mouwatta, III, p. 156.

(2) El Mouwatta, III, p. 156.

que c'était probablement la première convention de cette nature qui fût conclue après l'avènement de l'Islam.

L'observation de Zurqâni est difficile à admettre, car il y eut, cela est certain, un ralentissement dans la vie commerciale, dû sans doute au mépris des richesses (1) que ne manquèrent pas de manifester les musulmans, dans leur ardeur de néophytes, mais non au point de faire disparaître une source aussi importante d'obligations.

(1) Coran, Sourate 2, verset 194. *Tabari*, II, 458 et 459. *El Fakhrr Errâzi*, II, 254 et 255, *Baydâwi*, I, 445.

CHAPITRE III

Définition du *Qirâd* : Ibn'Abidin, Ibn'Arafa, *Khalil ibn Ishâq*. — Noms techniques et noms usuels. — Caractères juridiques de la commande. — De l'objet de la commande. — Cas où la commande est prohibée comme convention usuraire.

Définition du *Qirâd*.

Il nous faut maintenant chercher à savoir ce qu'est au juste un contrat de commande en droit musulman. Plusieurs définitions en ont été données par les jurisconsultes de l'Islâm. Une des meilleures au point de vue juridique est due à Ibn'Abidin (1) : « *C'est, dit-il, un contrat de société en participation aux bénéfices, comprenant, d'une part un capital (mâl), et d'autre part une obligation de faire (âmal). Il est basé sur le consentement de l'une des parties et l'acceptation de l'autre.* »

Ibn'Arafa (2) a dit : « *C'est la remise d'un bien (mâl) par une personne à une autre à l'effet de le consacrer à une entreprise commerciale, contre une partie des bénéfices à réaliser.* »,

Enfin, Sidi Khalil (3) la définit ainsi : « *La commandite*

(1) *Ibn'Abidin*, IV, p. 740.

(2) *Kharchi*, IV, p. 418. *Seignette*, p. 311.

(3) *Sidi Khalil*, Mokhtaçar (précis), chap. de la commandite (*bâboul Qirâd*). *Kharchi*, IV, p. 418. *Ibn'Omar Echchaïbâni*, 1^{re} partie, p. 127.

est un mandat donné en vue d'une entreprise commerciale (tadjr) au moyen d'un versement en espèces effectué (naqd, madroub) dès la conclusion du contrat, contre une part des bénéfices et à condition de spécifier, préalablement le quantum du capital engagé et la répartition du profit. »

Kharchi, le principal commentateur de Sidi Khalil dit (1) que l'expression « bénéfices » dans la définition d'Ibn Arafa et de Khalil, exclut toute idée de salaire. Par conséquent dès qu'il s'agit de rémunérer les services du preneur ou du bailleur (pour les fonds qu'il a versés) autrement que par une participation aux bénéfices, la commande sera viciée.

La commande est appelée indifféremment, *qirād* (2) (quelquefois *mouqārada*) ou *moudāraba* (3). Les auteurs arabes disent que le nom de *qirād* vient de ce qu'une personne détache (distrain) une partie de ses biens pour la remettre à une autre afin de la faire valoir (4), (*littenmia*) et à charge pour elle de réserver au bailleur une partie des bénéfices qu'elle en retirera.

Quant au terme, *moudāraba*, les jurisconsultes le rattachent au passage du Coran dont il a été question précédemment (supra, p. 9).

Tandis que les gens du Hidjâz se servent de préférence

(1) *Kharchi*, IV, p. 418.

(2) *Qirād* et *mouqārada* sont des noms d'action de la forme transitive *qārada* dont la racine est *qarada* qui signifie couper, détacher, distraire. Cf. *Abou Timâm*, *Diwân El Hamaça*, II, p. 22, vers. 2.

(3) *Moudāraba* est un nom d'action de la forme transitive *dāraba* dont la racine est *daraba*, qui signifie : voyager, frapper (le sol ou autre chose).

(4) *Kharchi*, IV, 418.

du mot *qirād*, ceux de l'Iraq disent plus volontiers *moudâraba* (1). C'est là un phénomène courant dans la langue arabe dont les innombrables synonymes ont souvent pris un caractère régional. Néanmoins il importe de remarquer que ni l'un ni l'autre de ces deux termes n'est mentionné dans le Coran ni même dans les hadiths avec la signification qu'ils ont acquise dans la terminologie juridique musulmane.

A l'exemple des habitants de l'Iraq, tout l'Orient musulman a adopté le mot *moudâraba*. De plus, dans l'arabe moderne la *moudâraba* a pris une signification beaucoup plus large et désigne la spéculation sur les valeurs de bourse commerciales ou industrielles. C'est ainsi que dans la presse arabe, cette nouvelle acception a prévalu au point d'avoir presque exclusivement ce sens.

A côté des noms techniques qui ont acquis droit de cité dans la terminologie juridique, il en existe d'autres que les coutumes locales ont adoptés. C'est ainsi, par exemple, qu'à Tlemcen (Algérie) on n'emploie que le mot *'imâra*, que l'on prononce incorrectement *amâra* (sens usuel : fourniture, approvisionnement, sens littéral : prospérité).

Il serait intéressant de connaître ceux qui sont employés dans les différentes régions soumises au droit musulman, mais les études faites dans ce sens manquent totalement et force nous est de citer à la fin de ce travail des exemples pris sur le vif en quelque sorte dans la coutume d'une vieille cité islamique où s'exercent de nombreuses industries indigènes Tlemcen (Algérie).

(1) *Kharchi*, IV, 448. *Ibn'Omar Echchaïbâni*, 1^{re} part., p. 427.

Caractères juridiques de la commande.

Sans anticiper sur les développements de cette étude, il n'est pas inutile de résumer en quelques lignes les caractères juridiques dominants de la commande, tels qu'ils ressortent des diverses définitions que nous venons d'en donner.

C'est pour en avoir négligé ou ignoré les éléments juridiques que certains auteurs ont confondu la commande avec le contrat de prêt à intérêt. Or, le droit musulman comme la plupart des législations anciennes a condamné en termes énergiques le prêt à intérêt. La commande arabe est un contrat *sui generis*, car à côté des caractères qui lui sont propres elle en a d'autres qui lui sont communs avec plusieurs modes d'obligation. Ainsi :

1° C'est un mandat, disent les auteurs arabes qui est donné par le bailleur de fonds (*el mālīk* ou *rabboul māl*) au preneur (*'amil*) de disposer d'un capital en espèces déterminées et dénombrées en vue d'une entreprise commerciale (1).

Les parties contractantes doivent être capables au point de vue juridique musulman. Aussi n'admet-on pas que l'on puisse commanditer un non musulman (*dzimmi*) ni être commandité par lui.

(1) Voir : *Gazālī*, par M. Carra de Vaux, pp. 149 et 150. L'erreur de cet orientaliste porte précisément sur le passage d'« *El Ih'yā* » du célèbre philosophe arabe, que nous citons à maintes reprises au sujet de la commandite. Cf. *Benali Fekar*, L'usure en droit musulman, p. 125.

Cependant Kharchi (1) dit que c'est là une simple opinion. Quant à Ibn El Qâcim, l'auteur de la *Moudawwana*, il ne la juge pas illicite (2). Cependant après avoir dit que Mâlek et Ibn Abi Hazim réprobaient qu'un musulman fût commandité par un chrétien, il ajoute : « peut-être ne l'admettent-ils pas pour ne pas porter atteinte à la dignité du musulman (3). »

Les auteurs du rite mâlikite disent généralement qu'une telle association est condamnable (*makrouh*), s'il ne s'agit pas d'un contrat de prêt à intérêt (4) ;

2° La commande se rapproche de la société *lato sensu* en participation. Elle porte uniquement sur le profit qui peut résulter de l'emploi d'un capital d'une nature déterminée (monnaie d'or ou d'argent). Cependant elle diffère de la société proprement dite en ce que cette dernière peut se former par des apports de diverses natures, tandis que le capital de la commandite ne doit consister qu'en espèces d'or ou d'argent ;

3° On doit déterminer la part de chacune des parties contractantes dans les bénéfices éventuels de l'entreprise. Si les opérations auxquelles le preneur s'est livré, ne laissent aucun bénéfice ou même donnent lieu à des pertes, le bailleur de fonds n'aura aucun recours contre lui, à moins que ce dernier n'ait dépassé les pouvoirs qui lui ont été conférés par les termes du contrat ;

4° Enfin, la commande prend naissance par une simple convention verbale (*'aqd*). Un *instrumentum* n'est donc pas nécessaire.

(1) *Kharchi*, IV, 419.

(2) *El Moudawwana*, XIII, 408.

(3) *Ibid.*

(4) *Kharchi*, IV, 419.

De l'objet de la commande.

Le contrat de commande peut varier à trois points de vue quant à son objet.

En premier lieu, les parties contractantes ont en vue une entreprise commerciale proprement dite. — Les opérations de l'agent portent alors sur des marchandises ordinaires ce qui est le cas le plus fréquent.

En second lieu, elle peut porter sur une exploitation agricole (jardin ou champ) car elle constitue une entreprise commerciale au même titre que la première (1). Dans ce cas des conditions spéciales sont imposées aux parties notamment l'autorisation préalable du bailleur de fonds en raison des risques particuliers auxquels l'agent expose le capital social.

En troisième lieu, la convention peut porter sur une sous-commandite, c'est-à-dire que l'agent en question confie à un tiers (sous-agent) à titre de commandite, les capitaux qu'on lui a donnés à ce titre. Ici encore, l'autorisation du commanditaire est nécessaire tant pour la validité du nouveau contrat que pour les risques à courir.

Enfin l'entreprise peut avoir pour objet non seulement des marchandises ordinaires, mais aussi des esclaves.

Dans ce cas plusieurs règles spéciales doivent être observées sous peine de nullité du contrat et sans préjudice d'autres conséquences relatives à la condition juridique de l'esclave objet de la commandite.

Telles sont les divers objets sur lesquels peut porter, le contrat de *qirâd*. Chacun d'eux sera développé dans un paragraphe spécial

**Cas où la commande est prohibée comme
convention usuraire.**

Les auteurs musulmans ont crû devoir interdire certaines conventions dont le caractère juridique dominant se rapproche beaucoup plus du contrat de prêt à intérêt que de la commandite. L'interdiction toutefois sans être formelle, disparaît sous des conditions qui sont au moins peu compatibles avec la pratique. Khalil dans son « *Mokhtacar* », en prévoit deux cas.

1° Une personne ayant acheté une marchandise sans disposer de la somme nécessaire pour en acquitter le prix contracte un emprunt. Le prêteur consent à avancer les fonds mais à titre de commanditaire (1).

Assurément c'est une convention de prêt et comme telle, elle n'est pas valable, puisque le bailleur (prêteur) en tirera profit. Or le prêt à intérêt est interdit en droit musulman et l'avance consentie dans ces conditions doit être purement gratuite. Donc si l'emprunteur a réalisé un bénéfice dans cette opération il le gardera intégralement par devers lui ; mais si au contraire il éprouve une perte, il la supportera seul (2) ; jusque là tout est conforme à la théorie générale du droit musulman en cette matière.

Mais voici une autre hypothèse qui est à quelque détail près, analogue à la précédente et où les conséquences juridiques sont différentes ;

2° Une personne ayant une affaire avantageuse en vue

(1) *Kharchi*, IV, 426.

(2) *Kharchi*, IV, 426. *El Moudawwna*, XIII, 121.

(une marchandise offerte dans des conditions particulièrement favorables) s'adresse à un capitaliste et lui dit : on me fait une offre de marchandise qui me paraît très avantageuse, voulez-vous m'avancer la somme nécessaire pour la payer, contre la moitié des bénéfices que j'en retirerai (1) ? »

Cette convention est licite mais pour Khalil deux conditions doivent être remplies :

a) Il faut que le prêteur ignore le nom du vendeur ;

b) Il faut qu'il ignore la nature de la marchandise (2).

Les raisons mises en avant par Kharchi, le principal commentateur de Khalil pour justifier les conditions ci-dessus énoncées, sont les suivantes : dans le premier cas la convention équivaldrait à la clause prohibée par laquelle le bailleur exigerait du preneur d'acheter à une personne déterminée (*infra*, p. 52). Dans le second cas il y aurait similitude complète avec la clause, également prohibée, par laquelle on imposerait à l'agent d'acheter une marchandise spécifiée (3) (*infra*, p. 52).

En bonne logique Khalil aurait dû condamner les deux conventions car elles se présentent dans des conditions analogues et constituent l'une et l'autre un contrat de prêt à intérêt ; ou bien, il devait les tolérer comme une forme spéciale de commandite (4).

Il n'y a là rien qui puisse justifier la crainte de voir se conclure une convention usuraire puisque c'est le preneur (ou l'emprunteur en l'espèce) qui prend l'initiative dans cette affaire.

(1) *Kharchi*, IV, 427. *Derdîr*, III, 460.

(2) *Kharchi*, *ibid.* *Derdîr*, *ibid.*

(3) *Kharchi*, *ibid.* *Derdîr*, *ibid.*

(4) *Kharchi*, *ibid.* *Derdîr*, *ibid.*

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DU CAPITAL

§ I. Nature et conditions de validité. — § II. Du capital alternatif. — § III. De la reconstitution du capital. — § IV. Des risques. — § V. Sort de la marchandise acquise, au cas de perte totale ou partielle du capital. — § VI. De la perte imputable à l'une ou à l'autre des parties contractantes. — § VII. L'impôt *zekât* (dîme légale) est à la charge du fonds social.

§ I. — Nature et conditions de validité.

Le contrat de commande naît de la remise par le bailleur (*rabboul-mâl*) au preneur (*âmil*) d'un capital (*mâl*) *stricto sensu*, consistant uniquement en monnaie d'or ou d'argent (*naqd*, *madroub*, *maskouk*). Ce capital doit être, en outre, déterminé quant à son *quantum* (1) et être connu des deux parties contractantes. On ne saurait contracter valablement en remettant une bourse à quelqu'un à l'effet d'en utiliser le contenu à titre de com-

(1) El Moudawwana el Koubra, XIII, 86. *Ibn'Abidin*, IV, 740. *Sidi Khalil*, chap. du Qirâd, p. 173. *Kharchi*, IV, 419. *Derdir*, III, 434. *Gazâli*, Ihyâ, II, 47. *Ennebrâwi*, II, 43. *Ibn'Omar*, 1^{re} part., p. 128. *Ibn'Acem*, art. 623. *Perron*, III, 494. *Seignette*, art. 969.

mande. Il serait difficile, en effet, d'évaluer le montant des bénéfices réalisés si le capital n'était préalablement et dûment spécifié (1).

La monnaie d'or ou d'argent peut donc seule former légalement l'objet d'une convention de commandite. Tel est le principe posé par les auteurs musulmans dont l'unanimité ne laisse aucun doute à cet égard. Mais s'ensuit-il que l'application de cette règle soit d'une rigueur aussi absolue? Non évidemment, car, d'une part, le numéraire peut consister en monnaie de mauvais aloi (*mar'chouch*) (2), pourvu cependant qu'elle ait cours et, d'autre part, on peut contracter en remettant de la poudre d'or (*tsibr*) ou des lingots (3) (*nigâr*) de l'un ou de l'autre des deux métaux précieux.

Dans le dernier cas, plusieurs réserves s'imposent. La convention portant sur un capital de cette nature n'est valable que sous certaines conditions :

1° Il faut qu'il n'existe pas de monnaie dans le lieu où le contrat se forme (4);

2° Il faut aussi que l'usage local l'admette dans les rapports commerciaux (5).

(1) *Kharchi*, IV, 419. *Derdir*, III, 454. A condition, toutefois, qu'au moment de la liquidation de la société, le capital soit restitué en numéraire de même qualité.

(2) *Ennebrâwi*, Gloses marginales du commentaire de Khâlil sur le texte d'Abou Chodjâ'a, II, 43. Cet auteur, qui appartient au rite chaféite, exclut la monnaie de mauvais aloi, même quand elle a cours.

(3) El Moudawwana (XIII, 87) pose comme principe absolu que le capital doit consister uniquement en monnaie d'or ou d'argent. Voir dans le même sens un auteur hanéfite, *Ibn'Omar Echchaibâni*, Neïl el Maârib, 1^{re} partie, p. 127.

(4) *Kharchi*, IV, 421. *Derdir*, III, 455.

(5) *Kharchi*, IV, 421. *Derdir*, III, 455.

Ce tempérament entraîne comme principale conséquence la faculté pour les parties de conclure valablement une convention de commandite dont la provision consiste en bijoux (1).

Si malgré l'existence d'une monnaie légale le capital a été constitué au moyen de lingots ou de bijoux, l'exécution du contrat le rendra valable en raison des controverses que cette question a soulevées, dit un auteur (2).

Ce principe étant admis, les parties contractantes jouissent d'une liberté assez grande en matière de commandite. Néanmoins, le législateur ou plutôt la doctrine a cru devoir imposer certaines restrictions à la volonté des parties, celle du bailleur notamment. Les auteurs supposent, sans doute, que le consentement du preneur n'est pas toujours exempt d'une certaine pression. Les circonstances peuvent l'obliger à accepter des stipulations plus ou moins onéreuses. C'est donc en vue d'éviter les inconvénients qui peuvent en résulter pour lui et pour le protéger contre la possibilité de se voir imposer des conditions trop dures que la doctrine intervient en sa faveur.

Les auteurs musulmans énumèrent, sans méthode aucune, les diverses hypothèses prévues relativement à la constitution du capital de la commande et qui ne répondent pas au principe ci-dessus énoncé.

Toutes ces hypothèses se réfèrent à des clauses insérées dans le contrat. Les unes, sans affecter en rien la nature juridique de la commande, lui font produire des effets moins complets que si elle devait être exécutée confor-

(1) *Kharchi*, IV, 421. *Derdîr*, III, 455.

(2) '*Asbar*' in *Kharchi*, IV, 421.

mément à la volonté des parties contractantes. Les autres clauses, au contraire, modifient le caractère juridique du contrat et sans le rendre inexistant, le font dégénérer en un louage pur et simple pour des raisons que nous allons exposer.

Il y a donc deux séries de conditions ayant des effets différents sur la validité de la convention. Examinons d'abord la première.

1^{re} SÉRIE

Conditions qui restreignent les effets de la commande.

1° *Le capital ne peut pas être constitué avec de la monnaie de cuivre* (1) (*foulous*).

La doctrine condamne avec une rigueur absolue la validité d'un contrat de commande dont le capital consisterait en une certaine quantité de monnaie de cuivre. Les raisons invoquées par les auteurs pour justifier cette prohibition sont toutes inspirées par la crainte d'une dépréciation de cette monnaie sur le marché ce qui provoquerait le plus grand désordre dans les rapports économiques (2).

Ces inconvénients ne sont pas à redouter lorsqu'il s'agit des métaux précieux. En d'autres termes, l'or et l'argent seuls peuvent assurer aux échanges commerciaux la stabilité dont ils ont besoin.

(1) *Kharchi*, IV, 421. *Derdir*, III, 456. *Ibn'Omar Echchatbdni*, 1^{re} partie, p. 42. Cet auteur dit que la monnaie de cuivre doit être écartée même si elle présente quelque avantage (*wa law nāfiatoun*).

(2) *Kharchi*, IV, 421.

En effet, la monnaie de cuivre est assimilée à une marchandise ordinaire parce qu'elle est sujette aux fluctuations du marché. Il faut d'abord la vendre pour, ensuite, la convertir en monnaie d'or ou d'argent et c'est précisément cette opération que l'on condamne (1). Pourquoi ? Parce qu'il s'agit d'imposer au preneur dans une convention de ce genre une obligation qui est considérée comme incompatible avec les conditions ordinaires auxquelles est soumise la commande.

Il faut remarquer que cette disposition est justifiée, car la monnaie étant un instrument d'échange basé sur le crédit n'a connu une stabilité véritable que dans les Etats modernes. Cela n'est pas le cas des pays musulmans même les plus avancés, sauf cependant ceux qui sont occupés par des puissances étrangères. Ainsi, on peut voir sur les marchés de Tanger (Maroc), par exemple, des marchands ayant devant eux des monceaux de monnaie de cuivre des différents pays et attendant des acheteurs comme pour une denrée quelconque.

On peut aussi citer l'exemple du système monétaire de la Turquie, où la livre turque (pièce d'or d'environ 23 fr.) vaut un nombre de piastres très variable, non seulement dans les provinces éloignées, mais même dans les grandes villes comme Salonique (2).

Telle est l'explication de la mesure édictée par les docteurs musulmans dont la doctrine reflète la situation économique des milieux dans lesquels ils vivaient.

(1) *Kharchi*, IV, 421.

(2) Cf. *Revue des Deux Mondes*, 15 février 1910. Raphaël-Georges Lévy, Les finances ottomanes. Les deux budgets constitutionnels.

2° *Le capital ne doit pas consister en objets mobiliers (ouroud).*

S'il en est ainsi de la monnaie de cuivre *a fortiori* devait-il en être de même des objets mobiliers remis à titre de provision.

Leur exclusion remonte, sans doute, à l'époque même de l'adoption par l'Islâm du contrat de commandite tel qu'il fut pratiqué par la coutume antéislamique. En effet l'Imâm Mâlek et surtout son commentateur principal Zurqâni, exposent d'une manière fort ingénieuse les considérations qui les ont amenés à condamner une convention de ce genre (1). Ainsi on prévoit plusieurs cas (2).

1° Le bailleur en autorisant le preneur à vendre les objets mobiliers qu'il lui remet pour conserver ensuite par devers lui, à titre de commandite les sommes qu'il en retirera, bénéficiera de deux avantages illégaux. Le premier, en chargeant son cocontractant de cette opération, le second en laissant les frais (*maouna*) qui peuvent en résulter, au compte de l'agent (3).

D'après Zurqâni, Châféi se range à cette opinion et par suite il condamne la convention en question, mais Abou-Hanifa l'admet (4).

(1) El Mouwatta, III, 459 (*el qirâdou fil'ouroud*). El Moudawwana, XIII, 87. *Kharchi*, IV, 424. *Derdîr*, III, 456. *El Gazâli*, II, 47. Cf. *Querry*, 505. Les objets mobiliers ainsi exclus ne doivent même pas consister en outils ou instruments servant à l'exercice d'un métier quelconque.

(2) El Mouwatta, III, 453.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

2° Mâlek considère, d'autre part, comme nulle l'opération par laquelle le premier reçoit à titre de provision des objets mobiliers à charge de les revendre pour en acquérir d'autres, afin d'en partager le surplus avec le bailleur.

Ibn Abi Leïla estime, au contraire que cette combinaison est valable (1).

Il est possible dit Zurqâni que la marchandise en question, étant d'un débit facile au moment de la conclusion du contrat, soit dépréciée lors de sa résiliation. Le preneur subira de ce chef, un préjudice quant au *quantum* de sa part dans les bénéfices réalisés.

Inversement, il peut arriver aussi que le commandité ait pris possession de ces marchandises à un moment où elles étaient en baisse. A la suite d'opérations heureuses, leur valeur a augmenté, mais en même temps le contrat est résilié. Pour rembourser le capital par lui reçu, le preneur se trouvera peut-être dans la nécessité d'acquérir cette denrée à des conditions très onéreuses. Il perdra ainsi tout le profit que son travail et son activité lui auront procuré.

Une raison donnée par le philosophe Gazâli et que soulignent la plupart des auteurs, explique mieux l'idée qui a inspiré, du moins en apparence, cette prohibition. Constituer un fonds de commandite au moyen d'une certaine quantité de monnaie de cuivre ou au moyen d'objets mobiliers, c'est mettre une entrave à la liberté d'action de l'agent et gêner son initiative (2).

(1) El Mouwatta, III, 159.

(2) El Gazâli, II, 47. Ennebrâwi, 1^{re} p., 47. Kharchi, IV, 421. Derdir, III, 436.

Un contrat de cette nature doit être considéré comme non avenu s'il n'a pas reçu un commencement d'exécution (1).

3° *Le bailleur ne doit pas exiger du preneur de procéder préalablement à une opération de change.*

Le bailleur en remettant au preneur un capital sous forme de pièces d'or, ne peut pas lui imposer l'obligation de les changer contre de la monnaie d'argent (ou réciproquement) pour les consacrer ensuite à l'entreprise projetée (2).

4° *Le preneur ne doit pas se charger du recouvrement d'une créance pour en conserver le montant à titre de commandite.*

Le fait de la part du bailleur de donner mandat au preneur à l'effet de recouvrer le montant d'une créance qu'il a contre un tiers et de le garder à titre de provision n'est pas valable (3).

Ni le consentement du tiers débiteur, ni sa reconnaissance faite dans les formes légales, ne sauraient valider cette opération (4). Même le paiement effectué entre les mains du preneur demeure sans effet au point de vue de la commande (5). Il faut pour cela, qu'il le soit en présence du créancier, le bailleur en l'espèce, qui seul a

(1) El Mouwattâ, III, 159.

(2) El Moudawwana XIII, 89.

(3) *Kharchi*, IV, 421. *Derdîr*, III, 456.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

qualité pour autoriser son cocontractant à garder le montant de la créance à titre de commande.

Conséquences juridiques de ces conditions.

Toutes ces clauses affectent la validité du contrat sans le rendre inexistant. Il est donc nul (*fâcid*), mais non dépourvu d'effets. Les auteurs musulmans prévoient deux conséquences juridiques comme résultant de l'insertion de l'une de ces clauses. Ils considèrent d'abord, que toutes les opérations faites dans ces conditions par l'agent préalablement à la réalisation du capital en espèces, constituent des services à part, pour lesquels il est dû un salaire. En effet, le contrat ne se forme d'après eux qu'au moment où l'agent a en mains le numéraire représentant le capital.

Ensuite, lorsque l'entreprise prendra fin, les parties se partageront les bénéfices s'il y a lieu, conformément à l'usage et non suivant les conditions prévues par la convention qui les lie.

En d'autres termes, le contrat vicié pour une des causes énoncées, et exécuté n'empêchera pas le preneur d'avoir recours contre le bailleur pour le paiement du salaire qui lui est dû, en raison de ses services, salaire qui est déterminé par la coutume (1). En outre, il prélèvera sa part dans les bénéfices, non d'après les clauses

(1) Cf. *Kharchi*, IV, 421, sur le « *adjrou mitlihi* ou *adjroul mitli* », El Mouwatta, III, 158. Pour Mâlek, la commandite se transforme en contrat de louage, « car, dit-il, on peut louer ses services dans les mêmes conditions qu'en matière de vente ».

du contrat, mais d'après l'usage (1). Ce n'est plus la volonté des parties qui reçoit son application, mais l'usage général, car on suppose, que le bailleur a abusé de sa situation vis-à-vis du preneur, aussi bien avant, qu'après la formation du contrat de commande.

Le vice qui résulte des quatre clauses énumérées plus haut et qui engendre les conséquences que nous venons d'examiner, procède de cette idée que le commanditaire ne doit pas stipuler en sa faveur d'autre profit que celui qui lui est assuré par les bénéfices éventuels de l'entreprise.

L'*imâm* Mâlek exprime nettement ce principe en disant que le contrat de commande ne doit renfermer aucune clause stipulant un avantage (*marfiq*), au profit exclusif de l'une ou de l'autre des parties contractantes (2). Néanmoins dans le cas où cela constitue un acte de bienfaisance (charité) de la part de celui qui consent à le faire (3) (*à la wadjhil m'aroufi*) on peut le tolérer. Encore faut-il qu'un tel acte soit étranger à la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'il ne doit pas figurer parmi les conditions stipulées par le bailleur (4).

(1) Cf. El Mouwatta, III, 163 et *supra*, introduction.

(2) El Mouwatta, III, 456.

(3) El Mouwatta, III, 456.

(4) El Mouwatta, III, 456. Voir dans le même sens, *Ibn'Omar Echchaïbani* (hanbalite) dans le *Neïl el Maârib*, 1^{re} part. 128. « Si le preneur consent à travailler à titre de bienfaisance pour le compte du bailleur, il n'aura aucune action contre lui en vue de se faire indemniser ». Cf. El Moudawwana, XIII, 109. « Le commanditaire ne peut rien stipuler pour lui à l'exclusion de l'agent. Fût-ce un dirhem. Le contrat serait, de ce fait, changé en commission et le preneur aurait droit à un salaire. »

2^e SÉRIE**Des conditions dont l'inobservation modifie le caractère juridique de la commande.**

Cette deuxième catégorie comprend les conditions qui affectent le contrat de commande d'une manière plus complète que les précédentes. Ici la convention n'a plus aucun effet en tant que commande, et dégénère en un contrat *sui generis*. Trois cas peuvent se produire :

1^o Le titulaire d'une créance ne peut pas valablement autoriser son débiteur à disposer du montant de la dette à titre de commande. Une opération de ce genre est réputée usuraire au premier chef (*riba ennasâ* usure du terme) et le bailleur en retirerait un profit illicite (1). On craint qu'une convention de cette nature n'aggrave la situation du débiteur vis-à-vis de son créancier. Par cette mesure on a cru supprimer un moyen indirect d'arriver à une combinaison usuraire (2) (*dari'aten lirribâ*).

Ibn'Abidin apporte ici un tempérament au rigorisme traditionnel de la plupart des auteurs classiques musulmans. Si, dit-il (3), la dette est à la charge d'un tiers, le contrat sera valable, mais non exempt de suspicion. Ce remarquable juriste, a cru devoir atténuer l'effet que ne manquerait pas de produire son opinion, par une petite

(1) El Mouwatta, III, 157. El Moudawwana, XIII, 88. Cf. notre ouvrage : L'usure en droit musulman, p. 59.

(2) El Mouwatta, III, 157. *Kharchi*, IV, 420. *Derdir*, III, 454. *Per-ron*, XIII, 495. *Seignette*, art. 970. L'usure en droit musulman, *ibid*,

(3) *Kharchi*, IV, 421. *Derdir*, III, 455.

réserve incidente de pure forme (1), Ibn'Abidin (2) n'a pas hésité dans la question autrement délicate de l'intérêt du capital à émettre une opinion libérale qui contraste avec la doctrine généralement admise. Le vice en question ne peut disparaître que par le paiement dûment effectué par le débiteur (le preneur en l'espèce) de la créance.

Est considérée comme paiement l'offre faite par lui au bailleur qui l'accepte du montant de la dette. Cette offre doit être réelle et avoir lieu en présence de deux témoins (3) (deux hommes ou un homme et deux femmes). Ainsi seulement il y aura présomption de libération du preneur en tant que débiteur.

2° On ne peut pas donner à titre de provision la chose qui fait l'objet d'un gage (*rahn*) ou d'un dépôt (*wadi'a*).

Le gage ou le dépôt sont-ils entre les mains d'un tiers? Le fait pour le preneur de les retirer constitue un avantage illicite au profit du bailleur. Est-il au contraire entre les mains du preneur? L'opération sera entachée de suspicion (*tsouhma*) et ne saurait constituer valablement un fonds de commandite. De plus la chose peut avoir été consommée ou détruite par le créancier gagiste ou par le dépositaire. Or cette éventualité le rendrait débiteur du prix de la chose; nous retomberions alors dans les conditions de la première hypothèse, c'est-à-dire dans le cas d'une provision constituée au moyen d'une dette (4).

Ibn'Abidin admet très bien une convention de ce

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 741.

(2) *Ibn'Abidin*, IV, 741. L'usure en droit musulman, pp. 96-97.

(3) *Kharchi*, IV, 420.

(4) *Ibn el Qâcem*, in *Kharchi*, IV, 420. *Ibn el Qâcem*, El Moudawwana, XIII, 88. *Derdîr*, III, 455. *Seignette*, art. 97. *Perron*, XIII, 495.

genre comme étant préférable à toute autre (1). Il juge également valable le contrat fait dans les mêmes conditions avec un marchand détenteur de la chose ou même un possesseur de mauvaise foi (2) (*r'âcib* : usurpateur, ravisseur).

Mais, comme en matière de dette, le vice disparaît lorsque le dépositaire ou le créancier gagiste restitue (présente) la chose au propriétaire déposant ou au débiteur. Cette opération ne laisse plus subsister de doute (*tsouhma*) quant à l'intention des parties contractantes (3).

Suivant quelques auteurs la restitution de la chose n'est pas absolument nécessaire et la présentation (*idhâr*) seule suffit (4).

Conséquences juridiques de ces conditions.

Le contrat de commande qui est conclu dans ces conditions dégénère en un louage d'industrie. En conséquence le preneur gardera par devers lui les bénéfices réalisés, mais en revanche il supportera les pertes subies ainsi que les risques (5).

§ II. — Du capital alternatif.

Un capitaliste peut confier au même preneur deux sommes différentes, quant à leur nature (l'une en or et

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 742.

(2) *Ibn'Abidin*, IV, 742. *Querry*, p. 506.

(3) *Kharchi*, IV, 421. Cf. *Adawi*, sur *Kharchi*, *ibid*.

(4) *Kharchi*, IV, 420.

(5) *Kharchi*, IV, 420. *Perron*, XIII, 497. *Seignette*, art. 970.

l'autre en argent) ou identiques, égales ou inégales, en vue de deux entreprises distinctes (1).

Les clauses relatives à la répartition des bénéfices sont réglées suivant la volonté des parties, tout comme dans la commande à capital unique. Néanmoins, les auteurs musulmans ont cru devoir imposer certaines restrictions en vue de protéger l'agent contre les abus possibles du bailleur de fonds. Examinons donc successivement les divers cas qui peuvent se produire.

1° Les deux provisions ont été versées simultanément. On exige dans ce cas, la confusion des capitaux, pour la validité de la convention.

Cette règle, dit Kharchi (2), équivaut à une répartition uniforme des bénéfices. L'inégalité dans l'attribution du profit, laisse supposer que le preneur s'est engagé à fournir un travail plus important dans l'emploi de l'un des capitaux que dans l'autre. Dans d'autres conditions que celles-ci, cette inégalité des parts serait suspecte pour des raisons que nous examinerons un peu plus loin.

2° Les deux versements ont été effectués séparément. Dans ce cas, il faut :

a) Que le deuxième versement ait été effectué avant l'emploi du premier. Ce qui nous ramène à l'hypothèse précédente.

b) Que les parties stipulent la confusion des deux provisions (3). Application de la règle précédente.

3° Le deuxième versement a été fait après l'emploi du premier. — Il est interdit, alors, aux parties de stipuler

(1) El Moudawwana, XIII, 113. *Kharchi*, IV, 421. *Derdir*, III, 461.

(2) *Kharchi*, IV, 428 (*faldtsouhma*).

(3) *Derdir*, III, 461. El Moudawwana, XIII, 114. *Kharchi*, IV, 428.

la confusion des deux fonds. On craint dans ce cas que le bailleur n'ait exigé de l'agent de réparer les pertes subies par l'emploi de la première provision, au moyen des bénéfices que procurera la seconde (1).

4° Le capital primitif a été réalisé au moment où le bailleur fait au preneur un deuxième versement. — Deux conditions sont exigées :

a) Le capital réalisé doit représenter exactement (*sāwa*) la somme versée lors de la conclusion du premier contrat.

b) La part des bénéfices réservée à chacune des parties contractantes dans la deuxième convention doit être égale à la première (2).

Lorsque dans le deuxième contrat les parties ont réglé leur participation aux bénéfices éventuels dans la même proportion que dans la première entreprise, elles sont libres de stipuler ou non la confusion des capitaux. Elles peuvent même garder le silence à cet égard (3).

Mais lorsque la répartition est différente, la commandite ne sera valable que si la confusion est expressément stipulée. Cependant on admet aussi que même dans le premier cas la confusion est obligatoire.

§ III. — De la reconstitution du capital.

La règle fondamentale en cette matière est que les bénéfices doivent être consacrés à la reconstitution du capital

(1) El Moudawwana, XIII, 113. *Kharchi*, IV, 428.

(2) *Kharchi*, IV, 428. *Derdir*, III, 461. El Moudawwana, XIII, 114.

(3) *Kharchi*, IV, 428. El Moudawwana, XIII, 113.

tant qu'il en subsistera une partie entre les mains de l'agent. La doctrine musulmane ne fait pas de distinction entre les pertes proprement dites provenant à la suite d'opérations malheureuses (*khousr*) et celles qui dérivent de cas fortuits (*tsalaf*) (1).

La volonté même des parties, ne saurait déroger à cette règle dont la rigueur est ainsi exposée par Kharchi (2) un des principaux commentateurs de Khalil : « Une stipulation contraire des parties, dit-il, ne saurait être prise en considération alors même que l'agent, refusant de travailler avec ce qui reste du fonds social, obtiendrait du bailleur, de considérer la somme existante, comme capital initial. Le contrat, ajoute-t-il, n'en demeurerait pas moins conforme aux conditions acceptées de part et d'autre lors de sa conclusion. » Les bénéfices réalisés ultérieurement doivent donc être affectés à la reconstitution du capital jusqu'à concurrence de la somme primitive. A ce moment seulement le commanditaire pourra, après en avoir repris possession, le remettre à l'agent à titre de nouvelle commande.

Néanmoins, le bailleur a la faculté de remettre en état

(1) El Moudawwana, XIII, 99. *Kharchi*, IV, 432. *Derdir*, III, 465. Cf. El Mouwatta, III, 157. « S'il est établi que la perte a été éprouvée avant tout commencement d'exécution, le capital sera réduit d'autant ». (*Ibn Habib*, d'après les compagnons de *Mâlek*).

D'après *'Issâ*, c'est là une opinion émise par la majorité des savants de Médine.

Pour *Ibn El Qâcem* dans la Moudawwana, le commanditaire doit être remis en possession du capital qu'il restituera ensuite à l'agent à titre de nouvelle commande. Sinon, la perte devra être imputée sur les bénéfices réalisés dans la suite. Cf. El Moudawwana, XIII, 99.

(2) *Kharchi*, IV, 432. *Derdir*, III, 465.

le capital éprouvé. Le preneur est-il ou non tenu dans ce cas de continuer les opérations commencées ou simplement projetées, c'est une question controversée (1).

Mais lorsque la perte a été totale, le preneur est libéré de toute obligation. Rien n'empêche le bailleur de lui fournir une nouvelle provision, mais il ne pourra pas stipuler de l'agent que les bénéfices de la seconde entreprise seront affectés à la reconstitution des fonds perdus (2).

§ IV. — Des risques.

En principe, les risques sont pour le bailleur, ou plus exactement pour le capital (3). Cela est de l'essence même de la commandite. En effet, aux yeux des auteurs musulmans, il s'agit d'un mandat ; comme tel, il est basé sur la confiance réciproque des parties contractantes, et fait *intuitu personæ*. On ne saurait donc consentir à remettre un capital à une personne à l'effet de le faire fructifier et en même temps s'assurer, à son égard, des pertes éventuelles en mettant sa responsabilité en cause. Les deux notions sont incompatibles.

(1) *Kharchi*, IV, 433. *Derdir*, III, 465.

(2) *Kharchi*, IV, 433. *Derdir*, III, 465. « Si une partie du capital a été volée ou prélevée illégalement par le percepteur des dimes, elle sera imputée sur les bénéfices. » Cf. *Kharchi*, IV, 432.

(3) Le mot « risque » que nous employons pour traduire « *damân* » (garantie, caution) a un sens moins large que celui dont se sert la terminologie arabe. En effet, « *damân* », *stricto sensu*, comprend à la fois la garantie des pertes qui peuvent résulter d'une entreprise commerciale et la perte par cas fortuit.

Néanmoins ce principe n'est pas absolu car dans certains cas les risques sont pour le compte du preneur. Il est juste, en effet, qu'il en soit ainsi lorsqu'il dépasse les pouvoirs qui lui ont été conférés par le contrat qui le lie au bailleur. En ne respectant pas les obligations auxquelles il s'est astreint, sa responsabilité se trouve engagée. Telle est la nature juridique du mandat.

Avant d'examiner les divers cas qui peuvent se présenter dans la question des risques, il importe de remarquer tout d'abord que la dérogation à ce principe n'entraîne pas *ipso facto* la nullité du contrat. Ses effets seuls sont atteints en ce sens que la volonté des parties n'est pas complètement écartée, mais simplement corrigée en quelque sorte et soumise aux règles du droit commun.

1° Le bailleur ne peut pas mettre à la charge du preneur les pertes éprouvées par le capital (1).

Nous avons vu que le contrat de commande implique l'idée de mandat; or, une condition de cette nature serait contraire aux principes qui régissent cette convention (2). L'ensemble du contrat demeurera valable après un commencement d'exécution, mais les clauses de garantie resteront sans effet. C'est ici que le droit commun reprend son empire (3).

2° Un tiers peut répondre des actes faits par le preneur. C'est une conséquence de la règle précédente. Ainsi, le preneur peut, si le bailleur l'exige, faire intervenir un tiers pour répondre des actes faits par le preneur, en

(1) *Kharchi*, IV, 422. *Derdir*, III, 456. *El Moudawwana*, XIII, 86. *El Mouwatta*, III, 158 et 159. *Querry*, p. 150.

(2) *Kharchi*, IV, 422. *El Mouwatta*, III, 159.

(3) *El Mouwatta*, III, 159.

violation des pouvoirs qu'il tient de son mandant (1) (bailleur).

3° Le preneur peut valablement se charger des risques. On voit par cette disposition qu'on cherche à protéger le preneur. Cependant, s'il veut se charger des risques, mais de son propre gré « après la conclusion du contrat », disent les auteurs musulmans, il y aura lieu de respecter sa volonté (2). Cette faculté laissée au preneur ne doit pas nous surprendre. Nous verrons, dans la suite, qu'il en est ainsi de beaucoup de règles, notamment dans le chapitre relatif aux obligations respectives des parties contractantes.

§ V. — Du sort de la marchandise acquise en cas de perte totale ou partielle du capital.

Le capital a entièrement péri, mais le preneur avait déjà acheté des marchandises ; il y a lieu d'examiner plusieurs hypothèses à cet égard :

1° Le bailleur ne reconstitue pas le fonds social ou bien il consent à le faire, mais le preneur s'y refuse. L'agent profitera seul des bénéfices éventuels comme il supportera les pertes subies (3).

D'après un auteur (4) lorsque le preneur s'est obligé et qu'il ne dispose pas des capitaux nécessaires, la marchandise sera vendue pour son compte. Il profitera seul des bénéfices réalisés et supportera la perte s'il y a lieu.

(1) *Kharchi*, IV, 422.

(2) 'Adawi, sur *Kharchi*, *ibid.*

(3) *Kharchi*, IV, 433. Kf. Moudawwana, XIII, 102.

(4) 'Adawi, sur *Kharchi*, IV, 433. El Mouwatta, III, 163.

2° Le bailleur reconstitue le capital et le preneur l'accepte. La convention sera exécutée suivant les conditions arrêtées primitivement (1).

3° Le capital a péri en partie et le bailleur refuse de le reconstituer. On suppose dans ce cas que le preneur a consacré les fonds à l'acquisition d'une marchandise, mais une partie du capital a péri avant d'en avoir acquitté le prix d'achat. Il paye de ses propres deniers la somme nécessaire. Les bénéfices réalisés seront répartis au prorata des deux capitaux engagés. La part qui reviendra au capital primitif réduit, sera consacrée à sa reconstitution tandis que le surplus seul sera partagé entre les deux parties contractantes, suivant les conditions prévues dans le contrat (2).

§ VI. — De la perte imputable à l'une des parties contractantes.

Le fait pour le bailleur ou le preneur de s'emparer d'un bien de la commande, constitue un délit (3) (*djinaia*) au même titre que s'il avait été commis par un tiers. Deux cas peuvent se présenter :

1° La convention n'a pas reçu un commencement

(1) *Kharchi*, *ibid.*

(2) *Kharchi*, *ibid.* Cf. El Moudawwana, XIII, 122. « Une personne a été com mise pour acheter une marchandise. Elle exécute l'ordre qu'elle a reçu. Le commettant avait bien versé la somme nécessaire entre les mains du commis ; mais celui-ci l'a perdue avant de l'avoir remise au vendeur. D'après quelques savants de Médine, le bailleur n'est plus tenu envers le vendeur ; tandis que d'après Mâlek, il est débiteur du prix de la marchandise, car le commis a agi sur son ordre, en qualité de représentant. »

(3) *Kharchi*, IV, 431. *Derdîr*, III.

d'exécution. La première conséquence d'un acte de cette nature est de réduire le capital social de la valeur de la chose dérobée. Cette dernière est censée avoir été vendue à l'auteur de l'acte délictuel. Il sera débiteur du prix au moment de la liquidation de la société. De plus, sa part dans les bénéfices réalisés sera réduite jusqu'à concurrence de la valeur de l'objet (1) en question ;

2° La convention a reçu un commencement d'exécution. Le capital sera maintenu dans sa première estimation et devra être reconstitué par les bénéfices à réaliser. On applique dans ce cas, le principe de la reconstitution du capital (2) que nous avons déjà étudié (*supra*, p. 39).

§ VII. — De la dime légale (Zekât).

Les bénéfices réalisés par une entreprise en commande sont soumis à l'impôt *zekat* (dîme légale). A cet égard les contractants sont libres de le stipuler à la charge de l'une ou de l'autre des parties (3). La clause n'a en soi aucun caractère répréhensible car on ne préjuge pas de l'importance du profit susceptible d'être réalisé.

Le principe de la liberté en matière de *zekat* ne saurait s'appliquer au capital social dont l'impôt est dû par le bailleur seul (4).

Deux conditions sont requises pour que le *zekat* soit dû :

(1) 'Adawi, sur *Kharchi*, IV, 431.

(2) 'Adawi, sur *Kharchi*, IV, 431.

(3) *Kharchi*, IV, 425. El Mouwatta, III, 158. *Derdir*, III, 458.

(4) *Kharchi*, *Derdir*, *ibid*.

1° Les bénéfices ne sont soumis à l'impôt *zekât* que si le capital de la commandite atteint 20 dinârs ;

2° Il faut que les opérations de la commandite aient duré plus d'une année, à dater du jour de la conclusion du contrat (1).

Lorsque le *zekât* est stipulé en faveur du bailleur et que les bénéfices ne constituent pas une masse imposable, il revient de droit au commanditaire, ou inversement. Cela même dans le cas où la dîme n'est pas applicable pour une cause quelconque, telle que, insuffisance du profit réalisé (*suprà*), liquidation de la société dans le courant de l'année, incapacité juridique du preneur (2) (non musulman, esclavage, apostasie).

(1) El Moudawwana, XIII, 98. « L'impôt *zekât* doit être prélevé en présence du bailleur et après le retrait du capital social. »

(2) *Kharchi*, *Derdir*, *ibid.*

CHAPITRE II

§ I^{er}. De la répartition des bénéfices : règle générale. — § II. Cas où l'entreprise est confiée à plusieurs agents.

§ I. — De la répartition des bénéfices.

Une deuxième condition est exigée pour la validité du contrat de commande : c'est de déterminer préalablement à toute exécution, la part de chacune des parties contractantes dans les bénéfices éventuels de l'entreprise (1).

A cet égard, la plus grande liberté est laissée aux associés, mais leur intention doit être exprimée en termes précis, clairs (*châïoun*) et en nombres fractionnaires tels que : la moitié reviendra au bailleur de fonds et l'autre moitié à l'agent ; ou bien le tiers à l'un et les deux tiers à l'autre, etc. Toute autre expression serait vague, obscure (*moubhâm*) (2) et par suite n'aurait aucun effet. Ainsi par exemple la part du bailleur ou du preneur

(1) *Sidi Khalil*, chap. de la commandite. *Kharchi*, IV, 419 et 425. *Derdir*, III, 454. *Gazâli*, II, 47. *Minhâdj Ettâlibin*, II, 134. *Ibn' Abidin*, IV, 741. *Ibn'Acem*, p. 621. *Ennebrâwi*, II, 44. *Ibn'Omar Echchaïbdâni*, 1^{re} part., p. 117. *Perron*, XIII. *Seignette*, art. 969. *Querry*, p. 508. *Keijzer*, p. 31.

(2) *Kharchi*, IV, 419. *El Mouwatta*, III, 159.

est fixée d'avance à dix ou vingt dinârs ou dirhems (1). Cette clause ne sera pas valable car on ne peut jamais prévoir s'il y aura profit ou non, ni qu'elle en sera l'importance. Dans ce cas, la volonté des parties sera réputée non avenue et la convention soumise au droit commun, à l'usage courant.

Trois points de vue doivent être examinés en ce qui concerne la question de la répartition des bénéfices en matière de commandite. D'abord dans quelle mesure les parties sont libres de régler leur participation au profit; en second lieu, quelles sont les conséquences juridiques de la clause conçue en termes imprécis et par suite inapplicables, et enfin, et cette question rentre dans la précédente, quels seront les effets de la convention lorsque les contractants auront gardé le silence à cet égard.

1° *De la liberté laissée aux parties de régler la répartition des bénéfices.* — La liberté la plus absolue est laissée aux parties dans l'attribution des bénéfices. Tel est le principe que nous avons déjà énoncé. Ainsi le profit peut être réservé en totalité soit au bailleur, soit à l'agent, soit à un tiers (2), soit même aux pauvres (3). Dans ce

(1) *Kharchi*, IV, 419. *El Mouwatta*, III, 459.

(2) Dans le cas où il n'est rien réservé au preneur, on le considère comme s'étant obligé envers le bailleur à titre de bienfaisance. Cf. *Kharchi*, IV, 419, et *contra Querry*, p. 508. Si, au contraire, la totalité des bénéfices doit revenir au preneur, les risques seront à sa charge, sauf réserve de sa part. Cf. *Adawi*, sur *Kharchi*, IV, 419. L'opinion de cet auteur tire argument des paroles du Prophète : « *men lahoul r'ounmou aleyhil r'ourmou* » (qui a la jouissance supporte les risques).

(3) *Kharchi*, IV, 419. *El Moudawwana*, XIII, 90.

cas dit avec raison Kharchi (1), ce n'est plus une commandite à proprement parler.

A un autre point de vue, le preneur peut être complètement déchargé des risques, mais nous ne reviendrons pas sur cette question déjà traitée (voir *supra* p. 41).

2° *Clauses obscures ou inapplicables.* — Deux situations sont prévues par les auteurs musulmans.

a) Au moment de la conclusion du contrat, le bailleur a dit au preneur : « il y aura association entre nous ». Le mot association (2) (*chirk*) présente une certaine ambiguïté d'après Kharchi car par sa signification il est susceptible de plus ou de moins quant aux droits de chaque associé. La plupart des auteurs préfèrent le terme plus précis d'associé (3) (*mouchtarak*) qui implique l'égalité des parties contractantes relativement au partage des bénéfices. Néanmoins dans les deux cas, c'est à la coutume que l'on doit s'en rapporter pour déterminer la part de chacune d'elles (4). Si en désespoir de cause, la coutume est muette à cet égard, la commandite est ramenée au *girdou lmitli* (commande d'usage).

b) Les parties ont gardé le silence. Dans cette hypothèse, la même solution que la précédente s'impose (5).

(1) *Kharchi*, IV, 425. *El Moudawwana*, XIII, 91.

(2) *Kharchi*, IT, 422. *Derdir*, III, 456. *El Moudawwana*, XIII, 92.

(3) *Kharchi*, IV, 422. *Derdir*, III, 456.

(4) *Kharchi*, IV, 422.

(5) *Kharchi*, IV, 422.

§ II. — Cas où l'entreprise est confiée à plusieurs agents.

Une entreprise en commandite peut être confiée à plusieurs agents. Le principe dominant dans ce cas est que le profit doit être réparti à chacun d'eux proportionnellement au travail ('amal) qu'il aura fourni. Cette règle est absolue et n'est susceptible d'aucune dérogation, sinon la convention serait assimilée à une société de corps (1) (*chirkatoul abdâne*).

L'inobservation de la règle ci-dessus énoncée fait dégénérer le contrat de *qirād* en un louage de services et par suite le commanditaire sera débiteur du salaire d'usage dû pour le travail accompli par chacun des divers agents (2).

(1) *Kharchi*, IV, 433. *Derdir*, III, 463. *El Moudawwana*, XIII, 90.

(2) 'Adawi, sur *Kharchi*, IV, 433.

CHAPITRE III

§ I^{er}. Conditions relatives aux droits et aux obligations de chacune des parties. Notions générales. — § II. Conditions relatives à la gestion et au droit d'initiative du preneur. — § III. Conditions relatives aux obligations du preneur. — § IV. Conditions relatives aux droits du bailleur.

§ I. — Notions générales.

Le principe dominant en matière de commandite est la liberté laissée aux parties de contracter suivant leur volonté. Cependant les auteurs musulmans n'ont pas négligé d'imposer certaines conditions à l'exercice de ce droit. Ces conditions sont en même temps que des restrictions apportées au principe de la liberté, des mesures destinées à assurer la bonne gestion des affaires de la société et à sauvegarder les intérêts de tous, du preneur aussi bien que du bailleur de fonds.

En réalité c'est de la situation de l'agent qu'on se préoccupe le plus. On veut le protéger contre le bailleur dont le rôle prépondérant avant la conclusion du contrat fait craindre certains abus de sa part. Nous avons déjà vu lors de la constitution du capital, qu'il ne doit rien exiger au delà de sa part dans les bénéfices éventuels de l'entreprise. S'il peut imposer ses conditions au preneur, il en est précisément que la loi considère comme des abus, et de ce chef elles ont une conséquence immédiate au point de vue de la validité du contrat.

On commence d'abord par assurer à l'agent une complète liberté d'action et une indépendance presque absolue dans la gestion de l'entreprise. Les auteurs musulmans ont énuméré à cet effet toute une série de conditions jugées incompatibles avec la nature de la commande. Ces conditions varient quant à leur conséquence sur la validité du contrat suivant qu'elles ont été imposées par le commanditaire au preneur ou acceptées de plein gré par ce dernier.

Dans le premier cas, ces clauses entraînent la nullité de la convention en tant que commande et la font dégénérer en un contrat de louage de services.

Dans le deuxième cas, elles ne constituent des abus et n'altèrent le caractère juridique du contrat que si elles émanent du commanditaire sous forme de stipulations. Par contre, si le preneur s'y est soumis de sa propre volonté, elles n'influeront en rien sur la destinée de la convention.

On remarquera que la situation de l'agent dans cette circonstance est assimilée à celle de l'emprunteur dans le contrat de prêt, mais avec cette différence que dans la commande le preneur est libre d'user de la protection que la loi lui accorde ou de la décliner.

Il est mieux placé que tout autre pour apprécier les conséquences des obligations auxquelles il a bien voulu souscrire et c'est pour cette raison que c'est une faculté pour lui de profiter ou non de la protection légale.

Ces conditions assez nombreuses peuvent être ramenées à trois séries bien distinctes et sont relatives à la gestion et à l'indépendance d'initiative du gérant, au rôle et aux obligations qui lui incombent, aux droits du commanditaire.

Examinons d'abord la première de ces trois séries.

§ II. — Conditions relatives à la gestion et au droit
d'initiative du preneur.

Ces conditions sont interdites au bailleur qui ne peut pas les imposer à son cocontractant. Ainsi :

1° Il ne doit pas exiger du preneur qu'il lui prête la main dans les opérations qu'il fera (1). Ce serait une ingérence qui nuirait à la liberté d'action de l'agent (2). La réciprocque n'est pas admise non plus (3).

2° ... ni que toutes les affaires traitées par le preneur seront soumises à son approbation (4) (*mourâdja'a*). Les mêmes considérations que dans le cas précédent ont fait écarter toute stipulation de cette nature.

3° ... ni lui imposer un contrôle. La commandite, nous l'avons vu, repose sur la confiance réciproque des parties. Or un contrôle placé à côté du preneur ne peut que le gêner. Une mesure de ce genre n'est pas de la nature de ce contrat (5).

4° ... ni assigner un délai pour la durée de la commande (6). En effet, dès l'instant où le contrat peut être

(1) *Kharchi*, 423. El Moudawwana, XIII, 114.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Kharchi*, IV, 423. El Moudawwana, XIII, 114.

(5) *Ibid.*

(6) On fait une distinction entre le terme (*adjal*) à l'expiration duquel le contrat prend fin, et la durée (*zamân*) pendant laquelle doivent avoir lieu les opérations du preneur. *Kharchi*, IV, 422 et 424. *Châfê'i* condamne également toute clause ayant pour objet de fixer un délai, pour la durée du contrat de commandite, mais non *Abou Hanifa*. Cf. El Mouwatta, III, 158. El Moudawwana, XIII, 109.

résilié par la volonté de l'une ou de l'autre des parties contractantes, un délai quel qu'il soit ne saurait être admis. Cependant on peut stipuler qu'à la fin de chaque année par exemple, on fera un inventaire afin de déterminer la part de dividende qui revient à chacun des intéressés (1).

5° ...ni obliger le preneur à acquérir une marchandise à terme (2). Deux cas peuvent se présenter :

a) Le preneur a exécuté la clause. Le profit sera pour lui seul, mais les pertes seront à sa charge, car le prix constitue un prêt (*qard*) dont il est débiteur.

b) Il a acheté la marchandise, mais en la payant de ses propres deniers. Le contrat sera ramené à la commande d'usage (*quirâ doul mittli*) (3).

6° ...ni imposer à l'agent de ne traiter qu'avec une personne déterminée (4).

7° ...ni spécifier l'achat d'une denrée dont l'approvisionnement est difficile (5).

Il s'agit ici d'un produit dont l'approvisionnement offre un certain aléa et qui présente par conséquent des difficultés au point de vue du marché. La convention est viciée, même si le preneur s'en est chargé. Cependant ce point est controversé. La rareté du produit s'entend même s'il s'agit de l'intermittence dans la production (6).

(1) El Moudawwana, XIII, 110.

(2) *Kharchi*, IV, 422.

(3) *Kharchi*, IV, 422.

(4) *Kharchi*, IV, 424. El Moudawwana, XIII, 119. El Mouwatta, III, 158.

(5) *Kharchi*, IV, 422. El Moudawwana, XIII, 116. *contra* : Hidâya, 458.

(6) *Ibid.*

8° ...ni l'obliger à s'installer dans un local de son choix (1). On comprend que de telles restrictions soient susceptibles de mettre le commandité sous la dépendance du bailleur.

9° ...ni exiger la main-d'œuvre du preneur (2). Par exemple, le fait de coudre lui-même des effets, de confectionner des chaussures ou de pétrir le pain destinés à la vente. Ces actes constituent des services indépendants de la commande, laquelle ne doit comprendre que des opérations purement commerciales. Nous verrons un peu plus loin quelles sont les conséquences juridiques qui résultent de l'inobservation de ces règles.

Voici maintenant quelles sont les conditions qui, étant interdites au bailleur, au même titre que les précédentes, peuvent néanmoins être consenties par le commandité.

10° ... ni lui imposer de l'associer dans une entreprise ou d'associer un tiers avec lui (3). Il faut envisager ici l'hypothèse d'une entreprise dans laquelle le preneur a engagé un capital à lui. Le bailleur ne peut l'obliger à l'y intéresser ni à y intéresser un tiers.

11° ... ni exiger de lui la confusion du capital social avec le sien propre (4).

12° ... ni l'astreindre à commissionner un tiers (5). Cependant si l'agent faisait tous ces actes, il devrait obtenir l'autorisation du bailleur (*idn*).

(1) *Kharchi*, IV, 424. El Moudawwana, XIII, 119.

(2) *Kharchi*, IV, 423. El Moudawwana, XIII, 89.

(3) *Kharchi*, IV, 423.

(4) *Kharchi*, IV, 424.

(5) *Kharchi*, IV, 414. El Moudawwana, XIII, 103.

13° ... ni d'acheter seulement à son arrivée dans telle ville (1).

14° ... ni de se rendre à telle ville pour acheter une denrée afin de l'importer dans le lieu du contrat ou ailleurs (2).

Conséquences juridiques de ces conditions.

Elles vicient le contrat de commandite et le font dégénérer en un contrat de louage d'industrie. Il ne s'agit plus ici d'un simple service pour lequel il est dû un salaire d'usage venant s'ajouter au droit du preneur dans les bénéfices, mais d'une rémunération due pour l'ensemble des opérations faites par le commandité. Le commanditaire est débiteur de ce salaire quel que soit le résultat de l'entreprise. Les bénéfices réalisés reviennent au bailleur seul, comme il devra supporter seul les pertes éprouvées. Telle est la première conséquence des conditions ci-dessus énoncées, lesquelles, en modifiant la nature juridique de *qirād*, en font un contrat de louage ordinaire (*oudjratoulmitli*).

Une deuxième conséquence non moins intéressante fait que l'agent devenant ainsi un simple salarié, il concourt au même titre que les autres créanciers du bailleur pour le paiement de son salaire. De là une différence capitale avec les cas où la commandite n'étant que partiellement viciée et ramenée aux conditions d'usage (*qirādoul mitli*).

(1) *Kharchi*, IV, 423.

(2) *Kharchi*, IV, 423. *El Moudawwana*, XIII, 411.

Le preneur a alors un privilège et sa créance est payée avant celles des autres créanciers du bailleur.

Le rôle de l'agent ne s'arrête pas là. Il faut énoncer maintenant les règles relatives à son droit d'initiative. Les auteurs musulmans lui reconnaissent certains avantages qui se justifient par son travail (*'amal*) qu'ils opposent ordinairement à l'élément capital (*māl*).

Telles sont ces règles :

15° Il peut exiger du bailleur de mettre à son service un esclave ou une bête de somme à titre purement gratuit (1).

Il faut, bien entendu, que l'importance du capital le permette. C'est une question de fait que la coutume permet d'apprécier.

16°.... confondre le capital social avec le sien propre (2). Nous avons vu que c'est là une faculté laissée à la seule appréciation de l'agent et qu'elle ne peut lui être imposée par le commanditaire. Cependant cette question est controversée. On reconnaît généralement qu'il y a des circonstances dans lesquelles il est tenu de la confusion : lorsque, d'après Sidī Khalil, craignant une baisse ou une hausse, il hésite à engager seulement les fonds de la commandite, il consacre ensuite les deux capitaux à la même affaire ; alors il est commandité pour la totalité (3).

17°.... voyager pour les besoins de la commandite si avant un commencement d'exécution, le bailleur ne le lui a pas interdit (4).

(1) *Kharchi*, IV, 426. *Derdir*, III, 465.

(2) *Kharchi*, IV, 426.

(3) *Ibn'Abidin*, IV, 744. Aucune difficulté n'est à craindre lorsque le bailleur lui donne un mandat général (*a'amal birayik*).

(4) *Ibn'Abidin*, IV, 744. *Kharchi*, IV, 426. *El Moudawwana*, XIII, 419.

18°.... échanger des marchandises de la société contre d'autres marchandises (1). Nous savons qu'il ne peut pas vendre à terme sans l'autorisation du bailleur. Kharchi dit (2) que le commandité n'a pas un mandat spécial pour qu'il lui soit interdit de procéder à des échanges de marchandises. Mais il n'a pas non plus le même rôle que celui d'un fondé de pouvoirs qui peut acheter, vendre à terme et échanger.

19°.... vendre une marchandise avariée (3). Il n'est pas nécessaire qu'il recoure à l'autorisation du commanditaire.

20° Il a droit à des frais d'entretien lorsqu'il voyage pour le compte de la société (4). Ces frais sont strictement personnels, mais l'importance du fonds social doit permettre de les supporter.

Le preneur les prélève sur le capital pendant toute la durée du voyage. Il en est de même des dépenses occasionnées par son séjour dans une ville ou par le retour. Ce droit cesse dans deux cas :

a) Lors du rappel de l'agent par le bailleur.

b) Par son mariage en cours de route.

Cependant si au départ il était accompagné de son épouse, il aurait droit à des frais en conséquence, mais toujours sous la réserve de l'importance du fonds social. Les auteurs musulmans ont fixé un double minimum de 70 et de 50 *dinârs* (pièces d'or) le capital susceptible de

(1) *Kharchi*, IV, 427.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibi l.*

(4) Ces frais comprennent la nourriture, le logement, la monture, le bain et la coiffure. *El Mouwatta*, III, 157. *'Adawi*, sur *Kharchi*, IV, 433. *El Moudawwana*, XIII, 93.

supporter les dépenses que nécessite un long voyage ainsi que celles exigées par un parcours moindre (1).

Le commandité doit en outre voyager dans l'intérêt de la société. Ainsi il ne saurait prétendre à une indemnité s'il se rend auprès de sa famille, en pèlerinage ou en expédition militaire (2) (*r'azw*). Les soins ou les médicaments nécessités par son état de santé ne sauraient non plus être imputés sur le capital social.

Enfin l'ensemble de ces dépenses ne pouvant être prélevé que sur le capital social, deux conséquences en découlent :

a) Le preneur, ayant avancé de ses propres deniers les frais auxquels il avait droit, le capital vient à périr. Il n'aura aucun recours contre le bailleur.

b) Les dépenses ayant dépassé le quantum du capital de la commandite, il n'aura non plus aucun recours pour l'excédent contre le bailleur (3).

On voit que ce dernier n'est tenu que jusqu'à concurrence du capital engagé.

1) 'Adawi, sur Kharchi, IV, 433. El Moudawwana, XIII, 92. *Illich*, p. 133.

(2) El Moudawwana, XIII, 94. *Kharchi*, IV, 434.

(3) Une distinction est faite entre les frais de transport et les frais de teinture, au point de vue de leurs conséquences juridiques. Les premiers ont-ils dépassé la valeur des marchandises ? Le bailleur ne les supportera que dans la mesure de son apport, sans que le preneur puisse exercer un recours contre lui pour l'excédent.

Les frais de teinture, au contraire, constituent un élément (marchandise) ayant valeur, comme dit Mâlek (*essoubrou ou sil'atoun qai-matoun*), et, par suite, le commanditaire les supportera conjointement avec le preneur.

Cf. El Moudawwana, XIII, 96. *Kharchi*, IV, 434.

21° Il peut se vêtir aux frais de la société, si le voyage qu'il doit effectuer est long (1).

22°... avoir quelqu'un pour le servir, si telle est sa condition sociale (2).

23° Si le voyage projeté a en même temps un but personnel, il en répartira les dépenses pour partie sur le capital social et pour partie sur ses deniers propres (3).

§ III. — Obligations du preneur.

Les obligations du preneur semblent avoir moins préoccupé les auteurs que celles du bailleur. Cependant, le commandité étant tenu en vertu d'un quasi-mandat, il doit se conformer aux termes du contrat qui le lie au commanditaire. Mais à côté de certaines obligations qui ont un caractère préventif, d'autres sont soumises à l'autorisation du bailleur. Examinons d'abord les premières.

1° Le preneur ne doit en aucun cas acheter au bailleur des marchandises destinées aux opérations de la commandite (4). Nous savons que le capital doit consister en numéraire. Or, disent les auteurs musulmans, en s'approvisionnant chez le commanditaire, il lui restituerait pour ainsi dire la somme qu'il en aurait reçue à titre de provision. C'est le but visé par la prohibition ci-dessus énoncée. Néanmoins, s'il s'agit de fournitures destinées à

(1) *Kharchi*, IV, 434.

(2) *Ibid.*

(3) *Kharchi*, IV, 435. *El Moudawwana*, XIII, 94.

(4) *El Moudawwana* XIII, 124. « C'est un principe excellent, dit *Sahnoun*, et chaque fois qu'une opération de ce genre a lieu, elle doit être prohibée ». *Kharchi*, IV, 434.

son usage personnel, il n'y aura plus lieu d'appliquer ce principe ;

2° ... ni acquérir des marchandises à terme (1), même avec l'autorisation du bailleur. Cependant, si la convention lui réserve la totalité des bénéfices de l'entreprise, il pourra acheter dans ces conditions, car alors « qui a la jouissance supporte les risques ». Ibn'Abidîn n'admet pas cette interdiction (2) ;

3° ... ni acheter des marchandises pour une valeur supérieure au montant du capital de la commande (3). La responsabilité du preneur ne dépassant pas la valeur du capital, il profiterait du surplus sans encourir les risques. Or, « qui a la jouissance, etc. », dit un hadith, cité plus haut ;

4° ... ni accepter une deuxième commande, si elle doit le détourner de la première (4). Cependant, s'il peut mener les deux entreprises de front, l'interdiction n'aura plus sa raison d'être. Il s'agit ici d'une commande émanant d'un tiers, car par rapport à son cocontractant rien ne s'oppose à ce qu'il en accepte une deuxième, voire même une troisième. Cette mesure a pour but de sauvegarder les intérêts du bailleur, or si celui-ci juge à propos de lui confier une autre entreprise, c'est qu'il y trouve un avantage ;

5° ... ni s'associer avec un tiers, fût-il commandité par le même bailleur (5) ;

(1) *Kharchi*, IV, 432. Cf. *contra* : *Hidâya*, 465.

(2) *Ibn'Abidîn*, IV, 744.

(3) *Ibn'Abidîn*, IV, 744. Cela même lorsque le commandité a pleins pouvoirs du bailleur. Cf. *El Moudawwana*, XIII, 121.

(4) *Kharchi*, IV, 432. *Derdir*, III, 464. *El Moudawwana*, XIII, 107.

(5) *Kharchi*, IV, 430. *Ibn'Abidîn*, IV, 744.

6° ... ni sous commanditer un tiers (1). Nous reviendrons plus loin sur la sous-commandite ;

7° ... ni vendre à terme les marchandises de la commandite (2). Dans les trois cas qui précèdent, il peut agir avec l'autorisation du bailleur, sans engager sa responsabilité ;

8° ... ni céder au prix de revient les marchandises de la commandite (3). La cession faite dans ces conditions lèserait les droits du bailleur et constituerait un *lucrum cessans*, à moins que le preneur n'ait agi ainsi dans la crainte d'une baisse imminente ;

9° ... ni consacrer les fonds de l'entreprise à une exploitation agricole présentant quelque danger (4). Qu'il s'agisse d'une terre à culture extensive produisant des céréales ou d'un jardin. Il est à craindre qu'il n'expose le fonds social ainsi utilisé à un danger résultant de l'insécurité générale. Cependant, si le preneur jouit d'une situation morale telle qu'elle lui assure une considération (*hirma*) et un crédit (*djâh*) incontestables, il n'y aura pas lieu de le rendre responsable des pertes éventuelles de l'entreprise, car les intérêts dont il avait assumé la charge ne couraient apparemment aucun risque grave.

Une entreprise agricole est analogue à celle qui a un but commercial (5), sauf toutefois qu'elle ne doit présenter

(1) *Kharchi*, IV, 430. *Ibn'Abidin*, IV, 744. *El Moudawwana*, XIII, 104.

(2) *Kharchi*, IV, 430. *Derdîr*, III, 462. *El Moudawwana*, XIII, 116. En sens contraire, *Ibn'Abidin*, IV, 744.

(3) *Kharchi*, IV, 442.

(4) *Kharchi*, IV, 429. *Derdîr*, III, 461. *El Moudawwana*, XIII, pp. 119-120.

(5) *El Moudawwana*, XIII, 119.

aucun caractère de gravité provenant de l'insécurité générale et dont le preneur n'aurait pas tenu compte. Dans ce cas seulement, les risques seront à sa charge (1) ;

10° ... ni faire des libéralités sur les biens de la commande (2). Il lui est interdit de faire des dons d'une certaine importance, mais non ceux dont la valeur est minime. A cet égard, l'associé (*cherik*) a plus de pouvoirs et peut faire des libéralités dans un but charitable. Il en est de même du commis (*mâdoun lahou*) ;

11° ... ni contribuer aux repas faits en commun avec des compagnons de route en offrant mieux qu'eux (3). Il doit tout au plus, suivre leur exemple. En effet, on ne comprend pas qu'il puisse se montrer généreux aux dépens des biens dont il est dépositaire. Si donc il se montre plus large que ses compagnons, il devra en rendre compte au commanditaire qui sera en droit d'exiger une compensation ;

12° Le preneur doit procéder lui-même aux manipulations que l'usage met à sa charge. Quant aux travaux pénibles, il peut engager un homme de peine pour les accomplir (4).

C'est là évidemment une question de fait qu'il appartient au juge d'apprécier.

§ IV. — Conditions relatives aux droits du bailleur.

Comme contrepartie aux conditions jugées onéreuses

(1) El. Moudawwana, XII, 419.

(2) *Kharchi*, IV, 442.

(3) *Ibid.*

(4) *Kharchi*, IV, 425. *Derdir*, III, 458. El Moudawwana, XIII, 94.

ou incompatibles avec la nature de la commande on oppose les prescriptions que le bailleur peut imposer au preneur en vue de diminuer les risques de perte. Il peut donc :

1° Placer à côté du commandité un esclave pour l'aider dans ses opérations (1). Ce droit est soumis à une condition rigoureuse, c'est que l'esclave ne doit pas être désigné d'une manière exclusive. De plus, s'il lui est réservé une part dans les bénéfices, elle ne devra pas revenir à son maître ;

2° Interdire au preneur d'acheter une denrée spécifiée. On vise ainsi les produits dont le cours présente un certain aléa ou dont la consommation est peu recherchée (2) ;

3° ...de descendre dans un endroit peu sûr (une vallée) ou de voyager par mer ou de nuit (3). Le danger qui pourrait en résulter s'explique par l'absence de sécurité ;

4° ...d'acquérir les marchandises de la commandite au comptant ou à terme (4). On craint que le bailleur ne soit tenté de prélever une part des bénéfices avant la liquidation de la société.

(1) *Kharchi*, IV, 423. El Moudawwana, XIII, 111.

(2) *Kharchi*, IV, 423. El Moudawwana, XIII, 113.

(3) *Kharchi*, IV, 429. El Moudawwana, XIII, 116.

(4) *Ibid.*

CHAPITRE IV.

Des diverses formes de la commande : § 1^{er}. De la sous-commande.
— § II. Des esclaves objet de la commande. — § III. L'entreprise en commande porte sur une exploitation agricole.

§ I. — De la sous-commande.

Nous avons vu (supra, p. 53) qu'il est interdit à l'agent de sous-commanditer un tiers sans l'autorisation préalable du bailleur. Il nous faut insister sur cette question délicate au sujet de laquelle les auteurs musulmans sont loin d'être d'accord. Différents cas sont prévus avec des solutions qui varient suivant que le preneur a agi avec ou sans autorisation du commanditaire et aussi suivant les conditions qui règlent la répartition des bénéfices. En principe on favorise le sous-agent aux dépens de l'agent en tenant compte surtout de son travail (*'amal*) qu'on suppose toujours plus important que celui du preneur.

Examinons les diverses hypothèses prévues et leurs conséquences d'après la doctrine musulmane.

1^{re} hypothèse. — *Le preneur a agi sans l'autorisation du bailleur.* En agissant ainsi, il a dépassé ses pouvoirs

et commis un abus (1) (*ta'addin*). Il a exposé le capital qui lui a été confié à des risques inconnus de son mandant et par suite il doit en supporter les conséquences suivantes :

a) Les bénéfices réalisés seront partagés entre le sous-agent et le bailleur. Le premier pour avoir fourni son travail et le second son capital (2).

Ibn 'Abidin donne ici une solution différente (3) : les bénéfices, dit-il, reviennent au bailleur, tandis que le sous-agent n'a droit qu'au salaire d'usage, qui est à la charge de son cocontractant.

b) Le preneur ayant réservé au sous-agent une part dans les bénéfices supérieure à celle qui lui était due dans la première convention, sera tenu de la différence envers ce même sous-agent.

Dans la première convention le preneur avait droit au tiers des bénéfices. Il contracte, avec le sous-agent, en lui en réservant la moitié. Ce dernier aura recours contre lui pour la différence, soit un sixième. Ce qui revient à dire que les bénéfices seront répartis entre le sous-agent

(1) *Kharchi*, IV, 430. *Derdir*, III, 462.

L'abus ou la faute du preneur est assimilée à la même action que commettrait un mandataire (*wakil*) ou un commissionnaire (*moubdi*) chargé de la vente d'une marchandise. Les uns et les autres sont privés des bénéfices réalisés qui reviennent au bailleur. De plus, ils supportent les risques et les pertes.

Par contre, le dépositaire, le possesseur de mauvaise foi (*r'âcib*) (usurpateur) et le tuteur, en abusant de leurs pouvoirs dans la mise en valeur des biens à eux confiés, jouissent seuls des fruits acquis, mais ils supportent les risques.

(2) *Kharchi*, IV, 430. *Derdir*, III, 462. *El Moudawwana*, XIII, 115.

(3) *Ibn 'Abidin*, IV, 746. *Kharchi*, IV, 430. *Derdir*, III, 462.

(4) *Kharchi*, IV, 430. *El Moudawwana*, XIII, 104.

et le commanditaire suivant les conditions prévues dans le deuxième contrat. Autrement dit, la sous-commandite se substitue, dans ce cas, de plein droit à la commande primitive. Le sous-agent prend les lieu et place de l'agent, à qui une sanction plus sévère est réservée ainsi qu'il suit :

c) Le preneur sera tenu de la perte partielle ou totale du capital (1). Après plusieurs opérations malheureuses le commandité n'a plus entre les mains que la moitié du capital social, soit 40 *dinârs*, par exemple. Il les remet à un tiers à titre de commande en lui réservant la moitié des bénéfices éventuels. Ce tiers sous-agent fait en sorte que le capital prospère et atteint le chiffre de 100 *dinârs*. Le commanditaire principal prélèvera la totalité de la somme qu'il avait versée au preneur (le premier agent en l'espèce), soit 80 *dinârs*, plus la moitié des bénéfices, soit 10 *dinârs*. Le restant, c'est-à-dire 10 *dinârs*, revient au sous-agent. Celui-ci avait entre les mains un capital initial de 40 *dinârs* et réalise un bénéfice de 60 *dinârs*, mais il n'en touche que 10 au lieu de 30, que la convention qui le liait avec le preneur, lui réservait. Il est donc lésé de 20 *dinârs*, et de ce chef il aura recours contre son cocontractant (2).

Il ne s'est agi, jusqu'ici, que de la perte partielle du fonds social. Mais si la perte a été totale ? Il faut, ainsi que dans la commande simple, se placer au moment de l'exécution du contrat pour savoir à qui incombent les risques. Donc, tant qu'il n'y a pas eu un commencement d'exécution, ils ne sauraient être mis à la charge de

(1) *Kharchi*, IV, 431.

(2) *Kharchi*, IV, 430. *Derdir*, III, 462. *El Moudawwana*, XIII, 104.

l'un ou de l'autre des preneurs successifs (1). Ainsi, le capital périt entre les mains du deuxième commandité avant de l'avoir utilisé. C'est la commandite seule ou plus exactement, le bailleur qui en supportera les conséquences (2). Mais s'il a été volé, les risques seront à la charge de l'auteur du délit (3).

Périt-il entre les mains du sous-agent à la suite d'un mauvais emploi ou de libéralités, il en sera débiteur solidaire avec son cocontractant à l'égard du bailleur. Ce dernier exercera donc son recours soit contre le premier preneur soit contre le deuxième (4).

2^e Hypothèse.

A) Le preneur a contracté avec l'autorisation du bailleur.

Il faut envisager la question à deux points de vue :

1^o L'autorisation pour la répartition des bénéfices est donnée en termes généraux.

Le bailleur a dit au preneur, par exemple : « tu auras la part que Dieu t'accordera dans les bénéfices (5). » La convention ainsi conclue est exécutée dans les mêmes termes par le deuxième agent. Il y aura à établir trois parts égales qui reviendront à chacune des parties contractantes (le bailleur, l'agent et le sous-agent).

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 746.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

(5) Ou une autre formule équivalente telle que celle-ci : « Ce que tu auras réalisé comme bénéfice », ou encore : « Fais comme bon te semblera ». *Ibn'Abidin*, IV, 746

Le bailleur dit au preneur : « les bénéfices réalisés seront divisés en deux parts. » Puis le deuxième agent traite de moitié avec le commandité. La répartition se fera ainsi : la moitié sera réservée au deuxième agent, et l'autre moitié sera répartie entre le bailleur et le premier agent.

B) L'autorisation est donnée en termes précis.

Ici encore c'est le preneur commandité que l'on sacrifie lorsqu'il y a contradiction entre les clauses de la première convention et celles de la seconde. Pour plus de clarté nous donnons ci-après les exemples mêmes dont Ibn 'Abidin a illustré sa théorie (1).

1° hypothèse. — Le bailleur en autorisant le preneur à commanditer une tierce personne, stipule pour lui-même la moitié des bénéfices à réaliser. D'autre part, le sous-agent s'en réserve le tiers. Le bailleur en prélèvera la moitié conformément aux termes du contrat qui le lie au preneur, et le deuxième agent en prélèvera le tiers qui lui a été reconnu par la seconde convention. Le restant, c'est-à-dire un sixième reviendra au premier.

2° hypothèse. — Le commanditaire a dit simplement : « ce que Dieu accordera, je m'en réserve la moitié. » Le deuxième agent traite avec le premier en se réservant la moitié duprofit. Il sera attribué au bailleur la moitié stipulée et au sous-agent l'autre moitié. Le preneur n'aura rien.

Dans la même convention, le preneur a assuré à son

(1) *Ibn 'Abidin*, 747.

cocontractant (le deuxième agent) les deux tiers des bénéfices. Ce dernier exercera son recours en garantie contre lui pour la différence, c'est-à-dire un sixième (1).

Des pertes et des risques.

Si le contrat est régulier la question sera résolue dans les mêmes conditions que celles que nous avons exposées (*infra* p. 41) S'il y a eu abus de la part de l'un ou de l'autre des commandités successifs les conséquences seront les mêmes.

§ II. — Des esclaves objet de la commande.

Les opérations commerciales auxquelles se livre l'agent peuvent porter sur un ou plusieurs esclaves, au même titre que sur des marchandises ordinaires; mais, dans ce cas, certaines conséquences juridiques peuvent résulter de la condition de l'esclave vis-à-vis de l'une des parties contractantes. Ainsi le fait que cet esclave est apparenté avec le preneur ou le bailleur (c'est son père par exemple, comme disent le plus souvent les auteurs musulmans) entraîne son affranchissement *ipso facto*. Il en résulte donc un préjudice pour l'entreprise. Par qui doit-il être supporté? C'est ce que les auteurs arabes ont examiné avec assez de détails, sans émettre une théorie d'ensemble. Comme toujours ce sont des cas isolés que l'on prévoit et auxquels on ramène les diverses questions qui peuvent se présenter.

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 747.

I. — *Le preneur a acheté un esclave, n'ignorant pas qu'il était apparenté avec le bailleur* (1).

Cet esclave sera affranchi aux dépens du preneur. On lui applique le vieil adage que « nul n'est censé ignorer la loi » (2). La règle est ainsi expliquée : le bailleur a versé un capital de 100 lequel à la suite d'opérations heureuses s'est accru de 50. Avec cette somme, c'est-à-dire, 150 il acquiert un esclave dans les conditions ci-dessus énoncées. Ce dernier sera affranchi et l'agent deviendra débiteur vis-à-vis du bailleur de 125, soit 100 du capital initial, plus 25 représentant sa part dans les bénéfices, en supposant que la convention lui en ait réservé la moitié.

Cette solution est admise dans le cas où le preneur est solvable (3) (*moucîr*) ; mais s'il ne l'est pas ? Empruntons au commentateur de Khalil, Kharchi, l'exemple qu'il donne à ce sujet.

Le capital s'élevait primitivement à 100. L'agent a pu réaliser avec ce fonds, un bénéfice de 100. Il consacre le tout, soit 200, à l'acquisition d'un esclave qui se trouve être proche parent du bailleur. Cet esclave a une valeur estimative de 300. On en aliène la moitié pour 150 (100 représentant le capital social et 50 comme part des bénéfices revenant au bailleur) et on affranchit l'autre moitié.

Le preneur perdra donc sa part du profit réalisé avant l'acquisition de l'esclave en question, soit 50, mais la plus-value soit 100, sera perdue pour les deux parties (4).

(1) *Kharchi*, IV, 435.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Kharchi*, IV, 436.

Dans ce cas comme dans ceux qui suivront on se place au moment de l'acquisition. Dès lors deux faits juridiques importants se produisent. Le premier, nous l'avons vu, c'est la libération purement et simplement lorsque le preneur est solvable. En second lieu, c'est la rupture du contrat de commande. Ceci semble devoir expliquer la perte pour les deux parties de la plus-value acquise par l'esclave (exemple précédent). Cela n'est pas, et voici pour quelles raisons : Si on revendait la totalité de l'esclave pour le prix d'estimation (300), il y aurait lieu de faire profiter le bailleur de 50 (la moitié de la plus-value); mais outre que le contrat cesse d'exister dès l'acquisition de l'esclave, on ne saurait suivant un principe du droit musulman « tirer profit de ses parents (esclaves) (1) », c'est-à-dire de ceux dont on doit supporter l'affranchissement. C'est pourquoi d'une part le bailleur perd son droit éventuel sur la plus-value; d'autre part, le preneur n'en profite pas parce qu'il avait connaissance du lien de parenté qui unissait l'esclave au commanditaire (2).

II. — *Le preneur ignorait le lien de parenté qui existait entre le bailleur et l'esclave.*

Dans ce cas l'affranchissement a lieu à la charge du bailleur du seul fait qu'il devient sa propriété. Le preneur n'est pas responsable pour avoir ignoré le lien qui unissait le bailleur à l'esclave. Aussi il n'en supporte pas les conséquences comme dans l'hypothèse précédente.

L'esclave sera libéré jusqu'à concurrence du prix d'achat et le bénéfice reviendra entièrement au preneur si le commanditaire est solvable (2). Sinon il n'en prélèvera que sa part et le reste profitera à l'affranchi.

(1) *Kharchi*, IV, 436.

(2) *Ibid.*

La fraction non affranchie de l'esclave et qui correspond à la part du preneur dans les bénéfices, demeurera sa propriété. Cette solution est analogue à celle d'un esclave appartenant à deux propriétaires dont un l'affranchit pour sa part (2). Dans les deux hypothèses que nous venons d'étudier, il s'agissait de l'esclave apparenté avec le bailleur, mais il pourrait tout aussi bien l'être avec le preneur. Quelles en seraient alors les conséquences vis-à-vis de celui-ci ? C'est ce que nous examinerons dans les hypothèses qui suivent.

III. — *Le preneur a acheté un esclave, sachant qu'il est apparenté avec lui.*

L'affranchissement sera à sa charge et de ce chef il sera débiteur envers le bailleur, non seulement du prix d'achat plus les bénéfices précédemment réalisés et consacrés à l'acquisition qu'il a faite, mais aussi de la plus-value que l'esclave a pu atteindre au jour où est intervenue la résiliation du contrat.

Ainsi il disposait d'un capital de 100 avec lequel il a réalisé un bénéfice de 50. Il consacre la totalité de cette somme, soit 150, à l'acquisition d'un esclave. L'affranchissement de ce dernier s'accomplissant pour les causes juridiques déjà exposées, il sera débiteur envers le bailleur de 150. Il perdra donc sa part dans les bénéfices soit 25 (1).

Les conséquences de son acte ne s'arrêtent pas là. En effet si l'esclave a été acquis pour une somme supérieure aux fonds dont disposait le preneur ou s'il a bénéficié d'une plus-value dans l'intervalle de l'achat et de la rési-

(1) *Kharchi*, IV, 436.

(2) *Ibid.*

liation du contrat, il sera en outre débiteur de la différence envers le bailleur (1).

Cette solution suppose que l'agent est solvable (*moucir*) et en outre qu'il n'ignorait pas le lien de parenté existant entre l'esclave et lui.

IV. — *Le preneur ignorait le lien de parenté l'unissant à l'esclave.*

Dans ce cas il ne verserait au commanditaire que le prix d'estimation de l'esclave au jour de la rupture de la convention. Ainsi il disposait d'un fonds social de 100, avec lequel il réalise un bénéfice de 100. Il affecte le tout à l'acquisition d'un esclave ignorant qu'il est apparenté avec lui. Mais ce dernier ne vaut plus que 50; il ne sera débiteur que de cette somme envers le bailleur (2).

Le preneur est insolvable; voici comment se résoud la question : Le capital était d'abord de 100. Les bénéfices réalisés sont également de 100 soit en tout 200, avec lesquels il achète l'esclave. Le contrat est résilié à un moment où il ne vaut plus que 150. Il sera vendu jusqu'à concurrence de 125 et émancipé pour le surplus soit 25. Le commanditaire recouvre ainsi son capital plus sa part dans le profit (3). Le commentateur Kharchi dit (4) que l'aliénation n'a pas lieu jusqu'à concurrence du chiffre de 150 parce que le législateur a en vue la libération de l'esclave qui ne doit s'opérer qu'à la charge du preneur.

Ibn'Abidin pose le principe d'une manière beaucoup

(1) *Kharchi*, IV, 436.

(2) *Adawi*, sur *Kharchi*, *ibid.*

(3) *Kharchi*, IV, 437.

(4) *Ibid.*

plus simple (1) Le preneur ne doit pas acquérir un esclave dont l'affranchissement est obligatoire pour le bailleur pour raison de parenté (ou de serment). En le faisant, l'acquisition sera pour son compte personnel (*linef-sihī*). L'opération ne laisse aucun bénéfice. Elle est valable pour le compte de la commandite, mais si elle laisse un profit il y aura affranchissement dans la mesure de la part du preneur. Le commanditaire aura droit aux services de l'esclave jusqu'à concurrence du montant de sa créance (capital et part dans les bénéfices). C'est ainsi, ajoute-t-il, que l'associé ou le tuteur qui achète un esclave dont l'affranchissement est obligatoire pour son coassocié ou pour son pupille, supportera la charge de sa libération (2).

Le mandataire (*wakīl*) dont la situation juridique se rapproche de celle du commandité peut contrairement à ce dernier, acquérir valablement dans ces conditions (3).

Divers autres cas sont prévus et réglés par les auteurs musulmans. Ils sont relatifs à certains abus susceptibles d'être commis par le preneur.

V. — *Le preneur achète un esclave en vue de l'affranchir.*

En l'affranchissant aux dépens de la commandite, le preneur sera débiteur envers le bailleur du prix d'achat et de la part qui lui revient dans les bénéfices (4).

VI. — *Le preneur achète un esclave en vue de la commandite, mais il l'affranchit aussitôt.*

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 745.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) C'est du prix d'achat qu'il s'agit ; les bénéfices étant ceux qui existaient au moment de l'acquisition, Cf. *Kharchi*, IV, 437.

Il sera débiteur envers le commanditaire du prix de l'esclave au jour de sa libération, car cela constitue un abus de sa part. Il ne doit donc rien en retirer pour soi, mais on ne peut pas priver le bailleur du bénéfice de la plus-value (1).

Cette solution, ainsi que la précédente, s'impose lorsque le preneur est solvable. Sinon, l'esclave sera vendu partiellement, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du montant du prix d'achat plus la part qui revient au commanditaire dans le profit.

En d'autres termes, l'esclave a été payé 100, tandis qu'il en vaut 200 actuellement. On n'en aliénera qu'une partie à l'effet de rembourser 150 au bailleur 100 pour le capital et 50 pour sa part dans les bénéfices). La différence, c'est-à-dire la partie non aliénée qui a une valeur de 50 sera affranchie aux dépens du preneur. Mais si le produit de la vente ne laisse pas de profit il n'y aura pas d'affranchissement partiel (2).

VII. — *Le preneur a eu des rapports avec une esclave appartenant à la société.*

a) S'il a agi contre le gré de l'esclave et qu'aucune conséquence n'en résulte pour elle au point de vue de la maternité, le bailleur aura la faculté de poursuivre son cocontractant pour le prix représentant la valeur de l'esclave au jour où l'acte a été commis, ou de la maintenir dans le fonds social.

Dans le cas où il exercerait une action contre le preneur, celui-ci sera tenu de lui payer le prix de l'esclave au jour où l'abus a été commis, en admettant qu'il soit sol-

(1) *Kharchi*, IV. 437. 'Adawi, sur *Kharchi*, *ibid*.

(2) *Ibid*.

vable(1). S'il ne l'était pas, l'esclave serait vendue et le prix imputé sur sa valeur estimative avant la dépréciation. Le bailleur aurait ensuite une créance pour la différence s'il y avait lieu (2).

6) L'esclave a eu un enfant à la suite des rapports qu'eût avec elle le preneur. Ce dernier sera débiteur du prix de l'esclave au jour où l'abus fut commis. S'il est solvable. Dans le cas où il ne l'est pas, le bailleur aura la faculté de le poursuivre pour ce prix, sans qu'il ait aucun droit sur l'enfant (3) ou bien il vendra l'esclave jusqu'à concurrence du prix représentant la partie du capital distraite du fonds social (4).

Solution qui est identique à la précédente.

VIII. — *Le preneur consacre une partie du capital de la commandite à l'acquisition d'une esclave.*

Mais il en fait sa concubine. Elle devient mère. S'il est solvable il remboursera au bailleur le prix d'acquisition de l'esclave. Si au contraire il ne l'est pas il en sera débiteur envers le bailleur.

La concubine n'a pas eu d'enfant. Le bailleur aura la faculté de le poursuivre pour paiement du prix représentant sa valeur avant qu'il n'eût de rapport avec elle ou bien il la maintiendra pour le compte du preneur et alors il n'aura qu'un droit de créance sur lui, égal au prix d'achat (5).

(1) *Kharchi*, IV, 437.

(2) *Ibid.*

(3) *Kharchi*, IV, 438. « L'enfant naît libre, par conséquent il ne saurait être la propriété de l'une ou de l'autre partie. »

(4) *Kharchi*, IV, 437. 'Adawi, sur *Kharchi*, IV, 438.

(5) *Kharchi*, IV, 439.

CHAPITRE V

Causes d'extinction du contrat de commande : § I^{er}. De la résiliation volontaire. — § II. Du décès de l'une des parties contractantes. § III. De la liquidation de la Société.

Causes d'extinction du contrat de commande.

Les causes d'extinction du contrat de commande sont :

- 1° La résiliation volontaire des parties (1) (unilatérale ou synallagmatique);
- 2° Le décès du bailleur ou du preneur (2) ;
- 3° L'interdiction de l'une des parties (3) ;
- 4° La folie (4) ;
- 5° L'apostasie (5).

Les causes qui mettent fin à la commandite sont les mêmes que celles du mandat. L'une et l'autre sont faits *intuitu personæ* (6). Pour les trois dernières causes nous

(1) *Ibn'Abidin*, IV, 748. *Ennebraïwi*, II, 48.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*

nous contentons de les signaler comme l'ont fait les auteurs musulmans.

§ I. — De la résiliation volontaire.

Le droit de résiliation de la commande appartient à chacune des parties contractantes. Il peut s'exercer par la volonté du bailleur aussi bien que du preneur, tant que la convention n'a pas reçu un commencement d'exécution (1) et alors même que l'agent aurait fait des préparatifs de voyage en vue de l'entreprise projetée (2). Tel est le principe.

Derdîr dit (3) que si les dépenses ont été faites par le preneur avec les deniers de la commandite, le droit de résiliation ne pourra être exercé que par le bailleur. Par contre, si elles ont été effectuées de ses propres fonds par l'agent, ce droit lui appartiendra exclusivement. Pour que le commanditaire puisse agir de même, il faut qu'il le dédommage préalablement de tous les frais qu'il a déboursés (4).

(1) *Kharchi*, IV, 439. *Derdîr*, III, 470. Neïl elmaârib, 1^{re} part., p. 28 *Ennebrâwi*, 47. « Les savants de Koufa et Châfé'i soutiennent que chacune des parties peut résilier le contrat avant et après son exécution. Par suite, les marchandises doivent être vendues immédiatement. Cependant, on peut en référer à l'avis des notables du lieu au sujet de l'opportunité de cette vente. » Cf. *El Mouwatta*, III, 158.

(2) *Derdîr*, III, 470. Cet auteur dit que dans ce cas le droit de résiliation n'appartient qu'au bailleur. Cf. *El Moudawwana*, XIII, 118.

(3) *Derdîr*, III, 470.

(4) *Ibid.*

Dès que le capital est employé ou que le preneur a commencé son voyage, le contrat devient obligatoire pour les deux parties (1).

Lorsque l'entreprise étant en cours d'exploitation, le commanditaire demande la résiliation de la convention, le preneur peut s'y opposer en raison de la situation peu favorable du marché. De même que le bailleur peut invoquer une raison analogue pour repousser la demande de l'agent.

En cas de contestation, on a recours aux lumières du juge (2) pour apprécier s'il y a lieu ou non de procéder à la vente des marchandises en question (3).

Le recours à la décision judiciaire n'est nullement obligatoire, car les parties peuvent rompre d'un commun accord la convention qui les lie et par suite procéder à la liquidation de la société.

§ II. — Le décès de l'une des parties.

Les conséquences du décès de l'une des parties contractantes varient suivant qu'il s'agit du bailleur ou du preneur quant au sort de la commande.

1° C'est le bailleur qui décède. En principe, le preneur doit terminer l'affaire commencée, mais l'école Malékite le lui interdit (4). Elle en fait une des obligations de

(1) *Kharchi*, IV, 439. *Derdir*, III, 470.

(2) *El Mouwatta*, III, 163. *El Moudawwana*, XIII, 414. *Kharchi*, IV, 439. « A défaut d'un juge religieux (*chari'*), une commission de notables musulmans prononcera ».

(3) *Kharchi*, IV, 439. *Derdir*, III, 470.

(4) *Kharchi*, IV, 429.

l'agent, à moins que ce dernier ne soit dans l'ignorance de cet événement ou que le capital ne consiste à ce moment en marchandises. Si, après avoir eu connaissance du décès du commanditaire, il continue ses opérations, il sera tenu des pertes et des risques; alors même qu'il n'aurait en vue que l'intérêt social. Il y aurait de sa part un abus (*ta'addin*), à moins toutefois qu'il n'y ait été autorisé pour les héritiers du bailleur (1);

2° C'est le preneur qui décède. Deux situations peuvent se présenter, ou bien le capital social existe sous forme de marchandises ou bien à l'état de numéraire.

Dans le premier cas, c'est le plus apte parmi les héritiers qui doit terminer l'entreprise commencée par le *de cujus*. On admet cette substitution alors même que l'ayant-cause (continueur) ne jouisse pas d'une égale confiance auprès du bailleur. Il prendra ses lieu et place et exploitera l'affaire dans les conditions prévues dans le contrat (2).

Mais l'héritier continueur de l'entreprise peut être incapable de la mener à bonne fin. Il sera tenu de procurer au commanditaire un agent remplissant les conditions voulues à cet égard. Si pour une cause ou pour une autre il ne le fait pas, il restituera au bailleur tous les biens de la commandite sans qu'il puisse prétendre à une part quelconque des bénéfices susceptibles d'avoir été réalisés par son auteur. Le travail de ce dernier aura donc été fait en pure perte (3) (*hadaren*) et ses héritiers perdront tout droit sur le profit de l'entreprise. Par contre, ils

(1) *Kharchi*, IV, 429. *Derdir*, III, 462.

(2) *Kharchi*, IV, 439. *El Mouwattâ*, III, 161. *Derdir*, III, 470.

(3) *Kharchi*, *Derdir*, *ibid*.

n'auront à supporter aucune perte subie par l'entreprise en question.

Le capital social existe à l'état de numéraire au moment du décès du preneur. Deux cas sont prévus : *a*), il avait déclaré avant sa mort ou pendant sa maladie être détenteur d'une somme d'argent à titre de commandite (ou de dépôt). On restituera au bailleur (ou au déposant) la chose même si elle existe, en vertu du droit de préférence dont bénéficie le commanditaire (et le déposant). Néanmoins, si le preneur était en état de faillite, il devrait fournir une preuve à l'appui de sa déclaration, en admettant qu'il eût survécu à la maladie. La preuve demeurera à la charge de ses héritiers après son décès, car un acte de cette nature peut être fait en fraude des droits de ses créanciers (1).

b) Le preneur avant de mourir n'a rien déclaré. De plus l'état de la succession ne permet pas de constater l'existence d'une commandite. On admet dans ce cas, que le *de cujus* a dissipé ou perdu les capitaux qui lui ont été confiés (2) (*dā'a minhou bītefrīt*). La déclaration du bailleur fera foi mais il prêtera serment. Sa créance étant ainsi admise, on prélèvera sur la succession du preneur les fonds revendiqués. Néanmoins ce prélèvement comporte une certaine restriction, car le bailleur n'ayant aucun privilège, concourra avec les autres créanciers chirographaires du *de cujus* (3) pour le paiement de sa créance.

L'action du commanditaire n'est pas recevable s'il s'est

(1) *Kharchi*, IV, 442.

(2) *Kharchi*, IV, 442.

(3) *Ibid.*

écoulé plus de dix ans depuis la mort du preneur. Si cette action a été prescrite on dit que la chose a péri au profit du *de cujus* (1).

§ III. — La liquidation de la société en commandite.

La liquidation est la conséquence naturelle de la résiliation du contrat de commande pour l'une des causes que nous venons d'énumérer.

Les auteurs musulmans se sont arrêtés surtout à la liquidation venant après une résiliation volontaire émanant des parties contractantes.

Deux conditions sont exigées :

1° Les deux parties contractantes doivent être présentes au moment où s'opère la liquidation (2);

2° Le capital doit être présenté par le preneur (3).

Dans ce cas il peut exister sous forme de marchandises ou sous forme de numéraire. En principe il doit être remis en son état primitif; mais si les parties consentent à partager les biens existant en nature lors de la résiliation de la convention, il n'y aura pas d'objection à opposer à leur volonté. Le bailleur prélèvera alors le capital et la part qui lui revient dans les bénéfices. Puis le preneur s'emparera du restant.

Mais ici une difficulté juridique surgit. Nous avons vu et nous venons de le dire, la provision à verser pour former valablement une société en commandite doit con-

(1) *Ibid.*

(2) El Mouwattâ, III, 162.

(3) *Ibid.*

sister uniquement en monnaie d'or ou d'argent. Or le même principe exige de remettre en son état primitif, le capital social au moment de la liquidation de la société. Cette dérogation à la règle ainsi formulée n'en est pas une car les auteurs musulmans fidèles à leur tradition se contentent d'indiquer un biais en disant que le partage des marchandises entre le commanditaire et l'agent doit s'opérer sous forme de vente. Ici, comme en d'autres circonstances, on se contente d'un simple changement de mot (1). Il est évident qu'on s'incline devant les nécessités que l'usage et la coutume imposent. En matière de commandite, encore une fois, la réglementation est purement doctrinale en raison même du silence du Coran et des hadiths.

L'obligation pour les parties d'être présentes au moment de la liquidation, fait qu'aucune d'elles ne peut distraire une part des bénéfices en l'absence de l'autre. Un acte de cette nature vicie la liquidation aussi bien à l'égard de la partie non présente qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire les créanciers de l'un des contractants.

Les créanciers ne doivent en aucun cas s'emparer des

(1) El Mouwattâ, III, 158.

(2) Lorsqu'après la dissolution de la Société, il reste entre les mains du preneur un objet d'une valeur minime (vêtement usé, vieille outre), il pourra le conserver. Mais il doit restituer tout ce qui a une valeur certaine, telle qu'une bête de somme, à moins que son associé ne l'ait autorisé à la garder.

El Leïth est de la même opinion que Mâlek, mais Abou Hanifa et Châféi décident que l'on doit tout restituer. Ils se basent à cet égard sur les paroles du Prophète à Aïcha : « O ! Aïcha, garde-toi des victimes de tes péchés ! Dieu défend leur cause et que peut-on contre un tel juge, comme chacun sait ? »

Cf. El Mouwattâ, III, 163.

biens de la commandite pour les faire vendre afin de se payer eux-mêmes sur la part qui revient à leur débiteur. Si ce dernier est le preneur, ils ne peuvent procéder ainsi qu'en présence du commanditaire, car la part de l'agent ne devient sienne qu'après le partage des bénéfices. Or, il faut préalablement que le commanditaire prélève les fonds qu'il avait versés ainsi que la part qui lui revient dans le profit laissé par l'entreprise (1).

(1) El Mouwattâ, III, 162.

CHAPITRE VI

De la preuve en matière de commande.

Les nombreuses contestations qui peuvent s'élever entre les parties contractantes dans une convention de commande ont été sérieées par les auteurs musulmans. Ainsi elles peuvent porter : sur la validité du contrat, sur sa nature, sur la répartition des bénéfices, sur la perte partielle ou totale du capital et sur sa restitution.

En principe, les déclarations de l'une ou de l'autre des parties, l'emporteront sur celles de l'autre, et par suite, feront que la situation juridique de chacune d'elles, sera prépondérante selon que la convention a reçu ou non un commencement d'exécution. De plus, ces déclarations feront foi ou non jusqu'à preuve du contraire, suivant qu'il s'agit de l'un ou de l'autre des sujets de contestation.

I. — *De la validité du contrat.*

Le litige porte sur la validité du contrat. La déclaration de la partie qui en soutiendra la validité l'emportera, alors même qu'un vice juridique l'affecte dans une de ses

conditions, soutiennent certains auteurs, à l'encontre d'autres (1).

II. — *De la nature du contrat.*

Plusieurs cas peuvent se présenter. Examinons-les successivement.

1^{re} *Le preneur déclare avoir reçu les fonds à titre de commande, tandis que le bailleur soutient qu'il les lui a remis à titre de commission.*

La déclaration de l'agent l'emportera, mais à charge pour lui de prêter serment (2). En suite de quoi il prélèvera sa part dans les bénéfices réalisés. S'il refuse de prêter serment, il sera imposé au bailleur, qui deviendra débiteur du salaire dû à cet effet (3). Il est évident que le *quantum* du salaire en question est égal ou supérieur à la quotité du bénéfice revendiqué par le preneur, le serment ne sera plus obligatoire pour le commanditaire (4).

Même solution si l'agent prétend avoir reçu les fonds à titre de commission, tandis que le bailleur soutient qu'il les lui a versés en vue d'une commande, car le désaccord ne porterait alors que sur le nom à donner au contrat. Il faut de plus que la convention ait reçu un commencement d'exécution, s'il est jugé que c'est d'une commande qu'il s'agit. En effet, le principe est que les parties peuvent se dédire tant que la convention n'a pas été exécutée (5).

(1) *Kharchi*, IV, 439. *Adawi*, sur *Kharchi*, *ibid.* *Ibn'Abidin*, IV, 742.

(2) *Kharchi*, IV, 440. *El Moudawwana*, XIII, 127.

(3) *Kharchi*, IV, 439. *El Moudawwana*, XIII, 127.

(4) *Kharchi*, IV, 439. *El Moudawwana*, XIII, 127.

(5) *El Moudawwana*, XIII, 127. *'Adawi* sur *Kharchi*, IV, 440 dit

2° *Le preneur déclare qu'il a disposé des fonds en vue d'une commandite (ou à titre de dépôt) tandis que le bail leur soutient qu'il les lui a avancés à titre de prêt.* La déclaration du dernier prévaudra, car on présume que son adversaire cherche à éviter la charge des risques ou pertes qui lui incombent. Il n'y a pas lieu dans ce cas de considérer s'il y a eu ou non un commencement d'exécution (1).

Par voie de conséquence, les prétentions du commanditaire (prêteur en l'espèce) ne sauraient être admises en ce qui concerne sa part dans les bénéfices s'il y a lieu. Mais c'est là une opinion ajoutée Sahnoun (2).

Si, par contre, c'est le bailleur qui déclare qu'il s'agit d'un dépôt, tandis que le preneur affirme qu'il y a eu commande, il y aura lieu de faire une distinction :

a) La convention a reçu un commencement d'exécution. Les risques seront à la charge du preneur pour avoir dépassé ses pouvoirs. La déclaration du bailleur fait donc foi dans ce cas.

que cinq conditions doivent corroborer les prétentions du preneur en ce qui concerne la commande :

1° Le contrat doit avoir reçu un commencement d'exécution, car jusque-là aucune des parties n'est obligée envers l'autre ;

2° L'objet du contrat doit être d'un usage courant dans la commande ;

3° Le capital doit être conforme à celui qu'on exige ordinairement en cette matière ;

4° L'intérêt du preneur doit être supérieur à celui auquel il prétendrait s'il s'agissait d'une simple commission ;

5° Enfin, il faut que les déclarations du bailleur soient en contradiction avec la coutume.

(1) El Moudawwana, XIII, 127. *Kharchi*, IV, 441.

(2) El Moudawwana, XIII, 127.

6) Il n'y a pas eu commencement d'exécution. Les risques seront pour le bailleur puisqu'il s'agit d'un dépôt.

3° *Le détenteur des fonds déclare qu'ils lui ont été prêtés, tandis que le bailleur affirme qu'il les lui a versés à titre de commande.*

La déclaration du preneur fera foi, car on présume que le bailleur recherche un bénéfice (1). De plus, en matière de prêt, la partie qui s'en prévaut a toujours gain de cause (2).

4° *Le bailleur prétend que les fonds lui ont été volés par le preneur, mais celui-ci soutient qu'ils lui ont été remis à titre de commande.*

La déclaration de l'agent (commandité), prévaudra, mais il doit préalablement prêter serment (3). La preuve du vol incombe au bailleur car il est demandeur. Le vol (ou l'usurpation) ne se présume pas, alors même que le défendeur fût notoirement connu comme capable de commettre un acte de cette nature (4).

III. — *De la répartition des bénéfices.*

La déclaration de l'agent fait foi, mais à une double condition ; c'est que ses prétentions soient vraisemblables (*achbaha*) et qu'il prête serment. S'il refuse, il sera imposé au bailleur. Si celui-ci refuse également, le juge prononcera d'après la déclaration la plus vraisemblable.

Mais les deux parties peuvent émettre des préten-

(1) El Moudawwana, XIII, 127. *Kharchi*, IV, 441.

(2) *Ibid.*

(3) *Kharchi*, IV, 439 *in fine* et 440 *supra*.

(4) *Ibid.*

tions inacceptables, le juge leur fera prêter serment et le contrat sera ramené aux conditions d'usage (*qirâdoul mitli*). Même solution si le demandeur et le défendeur déclinent le serment.

Tant que le litige n'est pas tranché, le capital et les bénéfices s'il y a lieu resteront entre les mains du preneur (ou au moins la part revendiquée par lui dans les bénéfices) ou du bailleur lui-même ou enfin d'un tiers dépositaire (1).

IV. — *De la perte partielle ou totale du capital.*

Les prétentions du preneur font foi, lorsqu'une contestation s'élève entre les parties contractantes relativement à la perte totale du capital (2) (*halak*), mais il doit prêter serment. Tel est le principe. On ne tient aucun compte de la condition sociale du commandité, fût-il notoirement peu digne de confiance, car le seul fait que le bailleur ait consenti à suivre sa foi suffit pour écarter, toute présomption défavorable à son égard (3).

La solution est la même lorsque la contestation porte sur la perte partielle (*khousr*) du fonds social. Cependant Lakhmi (4) exige que les faits invoqués par le preneur soient vraisemblables et confirmés par des déclarations

(1) *Ibid.*

(2) *Kharchi*, IV, 439. *Derdir*, III, 470. *El Moudawwana*, XIII, 128. « L'agent ayant éprouvé des pertes, le bailleur soutient qu'il y a eu abus de sa part pour lui avoir prescrit de ne s'occuper que du commerce des étoffes par exemple. Les déclarations du preneur l'emporteront quand même ».

(3) *Kharchi*, IV, 439. *Derdir*, III, 470.

(4) *Ibid.*

de notables commerçants. Le tout, bien entendu, sous réserve de la preuve contraire (1).

V. — *De la restitution du capital.*

La même solution est adoptée en faveur du preneur qui déclare avoir effectué la restitution du capital de la commande entre les mains du bailleur. Il faut cependant qu'il l'ait reçu en l'absence de témoins, c'est-à-dire sans preuve comme disent les auteurs musulmans. Sinon la même solution se retournera contre lui. L'usage qui fait loi en la matière exige en effet que l'on restitue « devant témoins ce que l'on a reçu en présence de témoins » (2).

Le bailleur demandeur déclare avoir touché une certaine somme à titre de dividende, sa déclaration l'emportera sur celle du preneur défendeur à qui incombe la charge de la preuve contraire (3).

(1) 'Adawi, sur *Kharchi*, *ibid.*

(2) *Kharchi*, IV, 439 et 440.

(3) El Moudawwana, XIII, 128.

CONCLUSION

Le contrat de commande tel que nous venons de l'étudier est soumis à une réglementation assez étroite dont la source n'est ni dans le Coran ni dans les Hadiths. C'est là une œuvre presque laïque des jurisconsultes musulmans. Ce caractère plus doctrinal que dogmatique s'affirme en cette matière avec une netteté remarquable qui accentue davantage les différences essentielles entre le droit commercial et le droit civil.

La sévérité apparente des principes qui régissent le *qirād* s'explique dans une certaine mesure par les conditions économiques générales d'alors : insécurité des échanges, difficultés de transport, systèmes monétaires défectueux, etc.

Il fallait, en outre, concilier cette réglementation avec les mesures édictées contre l'usure, d'où certaines restrictions à la liberté de contracter en matière de commande.

Aussi cette rigueur a-t-elle conservé dans certains cas un caractère purement doctrinal qui n'a pas dépassé le domaine de la théorie. Les docteurs musulmans semblent, en effet, n'avoir pas compris les nécessités de la vie économique dont les lois exigent une souplesse et

une facilité incompatibles avec des principes trop rigides conçus souvent au mépris des conditions ordinaires que demandent les transactions commerciales même dans une société où la production n'a jamais atteint un grand développement.

C'est sur ce point qu'il nous faut insister un peu en recherchant dans quelle mesure les principes posés par la jurisprudence musulmane ont été observés dans la pratique.

Pour cela, nous bornons nos observations à la coutume d'une vieille cité musulmane (Tlemcen) dont la population très active et très industrielle, dépositaire fidèle des traditions séculaires, offre encore aux recherches sociologiques matière à d'abondants sujets d'études du plus haut intérêt.

Les corps de métiers, en effet, y sont nombreux et variés. De plus, la plupart des artisans sont commandités les uns par les autres ou par des particuliers disposant de capitaux relativement importants ou jouissant simplement d'un certain crédit auprès des établissements financiers de la région.

Parmi les industries locales les plus connues, il faut citer la cordonnerie indigène, le tissage des couvertures et des vêtements de laine, la broderie sur cuir et sur velours, etc. La production de ces industries ne vise pas uniquement la consommation locale, mais aussi et surtout les marchés du sud algérien et des départements voisins.

Examinons d'abord l'usage général en ce qui concerne la mise de fonds du bailleur. Si celui-ci est lui-même un artisan qui en commandite un autre, il lui procurera la matière première, cuir et autres fournitures, quand il

s'agit d'une convention entre deux cordonniers, ou laine apprêtée lorsque l'entreprise porte sur le tissage.

Il y a donc dans ce cas une dérogation manifeste au principe qui exige que la nature du capital remis au preneur consiste uniquement en numéraire (or ou argent), puisque le bailleur effectue son apport en objets mobiliers.

Supposons maintenant que le bailleur soit un négociant. Ou il a en magasin la matière première dont le preneur a besoin et alors il la lui fournit telle quelle à titre de provision et sa situation juridique demeure la même que dans l'hypothèse précédente; ou bien le bailleur ne tient pas cet article, comme disent les commerçants, et alors il lui fait ouvrir un compte chez un fournisseur de son choix.

Enfin, le commanditaire n'est ni un artisan ni un commerçant, mais simplement un propriétaire qui cherche à accroître ses revenus en commanditant des artisans. Malgré la confiance que ceux-ci peuvent lui inspirer, il s'occupera lui-même de l'achat de la matière première dont ils auront besoin et il contrôlera de près leurs opérations.

Ici encore l'antithèse est frappante entre la théorie et la pratique. Et comme la plupart du temps il n'y a que simple convention verbale, il est difficile comme on voit, sinon impossible de serrer les faits de près et de tracer d'une manière précise la ligne de démarcation entre le domaine *in abstracto* des principes juridiques et celui de leur application réelle.

Si nous passons maintenant à la question de la répartition des bénéfices, nous constaterons également l'absence de toute règle fixe.

Le preneur étant généralement dépourvu de ressources pécuniaires, le bailleur lui fait des avances sur les bénéfices éventuels de l'entreprise, ce qui ne devrait pas être.

En principe, c'est le bailleur qui décide de l'opportunité de la vente des marchandises de la société et malgré les mesures prescrites par les auteurs en vue de supprimer ou tout au moins d'atténuer la dépendance dans laquelle se trouve le preneur vis-à-vis de son commanditaire, les faits démontrent péremptoirement que l'ingérence de ce dernier dans les opérations de l'entreprise est complète.

Malgré ces constatations, il importe de ne pas exagérer l'importance de l'inobservation des principes posés par la jurisprudence musulmane. En effet, d'autres conventions ont des caractères juridiques communs avec la commandite, tels que le colonat partiaire (*moussâqa*) ou le complant (*mour'ârassa*), la société, le mandat et le dépôt. La commandite procède un peu de tous ces contrats, ce qui l'a fait confondre tantôt avec l'une tantôt avec l'autre de ces conventions, voire même avec le contrat de prêt à intérêt.

C'est ainsi qu'en Algérie et en Tunisie la convention dite *khoumâssa*, qui est une variété de la *moussâqa*, a donné lieu à de nombreuses confusions. Nous n'avons pas à nous en occuper ici en raison du cadre un peu étroit dans lequel nous sommes obligé de nous mouvoir : mais nous ne pouvions pas négliger de signaler cet écueil que la pratique dissimule si bien.

Les musulmans sont les premiers à commettre des confusions en raison de l'ignorance dans laquelle ils sont des notions juridiques les plus élémentaires. Leurs confusions peuvent être aussi volontaires, car elles leur permettent de se prévaloir de la licéité de la commandite

pour conclure des conventions de prêt à intérêt. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple que les auteurs musulmans n'ont pas manqué de constater : une personne emprunte une certaine somme d'argent en vue d'une affaire urgente. Il est évident, nous l'avons déjà dit (*supra*, p. 25) que le bailleur ne consentira jamais à engager des capitaux dans des conditions incertaines. En droit strict, il n'y aurait là une opération de commandite que si le capitaliste ignorait et le nom du vendeur (il s'agit d'une marchandise à vendre) et la nature de la marchandise. Sinon il y aurait une convention de prêt, donc rien ne doit revenir au bailleur dans les bénéfices de l'opération en question.

Des faits de cette nature se passent tous les jours. Que les parties considèrent leurs opérations comme une commande ou une convention de prêt, c'est là certainement la dernière de leurs préoccupations. Ce qu'elles recherchent avant tout, c'est réaliser un profit. Et une fois de plus, nous constatons l'inutilité de certaines prescriptions conçues par des théoriciens et demeurées inapplicables parce qu'impossibles à appliquer.

Les musulmans algériens pratiquent la commandite non seulement dans le domaine industriel mais aussi au point de vue des entreprises commerciales. Il faut, bien entendu, donner à ces expressions le sens que comporte un état économique à peine plus développé que celui d'une société du moyen âge et peut-être même moins étendu à certains égards. En effet, la superposition de la civilisation française sur la civilisation indigène a fait disparaître les moyens rudimentaires de transport en usage avant l'introduction de l'outillage moderne. Or, les Algériens, par exemple, en constatant la faillite de leurs

procédés n'ont pas su adopter ceux que le nouvel état de choses leur offrait. De là la régression au point de vue commercial en général et au point de vue de la question qui nous occupe en particulier.

La commande se pratique peut-être tout autant qu'auparavant, mais avec moins d'ampleur. Le preneur est le plus souvent domicilié dans la même localité que le commanditaire et les capitaux mis à sa disposition sont généralement peu importants. Il y a bien un certain nombre de personnes établies ailleurs que dans leur pays natal mais jamais elles ne dépassent les limites du département. C'est là le caractère dominant des négociants musulmans des villes algériennes.

Par contre les Marocains et les Mozabites, musulmans également, avec cette différence que ceux-ci sont schiites et ceux-là sunnites, s'expatrient fort loin et entreprennent des affaires très importantes. Les uns et les autres sont commandités par leurs compatriotes. Il est malheureusement très difficile, sinon impossible de savoir exactement dans quelles conditions ils contractent. Mais tous se servent du paravent de la *Chéria* dont ils respecteraient les dispositions d'après leurs déclarations.

Tout ce qu'on peut affirmer, c'est que les uns et les autres ont une méthode presque identique quant au mode d'apprentissage ou de stage auxquels ils soumettent leurs futurs agents. En effet, il est de règle, chez ces commerçants de prendre à leur service de jeunes coréligionnaires qu'ils initient à la pratique des affaires et aux usages commerciaux. Dès qu'ils jugent leur éducation complète et leur expérience suffisante ils les installent et leur confient des entreprises de plus en plus importantes.

Les Marocains s'établissent de préférence dans les villes de l'ouest algérien. Ils importent les produits fabriqués ou bruts du Maroc et exportent les objets manufacturés européens ou locaux. Un grand nombre d'entre eux occupent des situations prépondérantes parmi l'élément indigène.

Les nombreuses caravanes (*hammâr*) qui assuraient un trafic intense entre les deux pays, ont longtemps été une des causes de prospérité dans la région frontière algéro-marocaine.

En général, les commanditaires des négociants marocains demeurent à Fez même, la capitale du Magreb el Aqçâ. Depuis les troubles qui ont suivi la mort du sultan Mouley el Hassan (1894), père de Mouley Abd el Aziz et de Mouley Hafid, sultan actuel, jusqu'à nos jours la plus grande partie de l'activité commerciale ancienne s'est détournée au profit de la voie maritime (Oran-Nemours-Tanger).

Les Marocains voyagent volontiers. Beaucoup d'entre eux sont fixés en Angleterre; un certain nombre ont visité la France, l'Allemagne et l'Italie, toujours en vue d'affaires.

Quant aux Mozabites, ils exercent leur activité dans toutes les branches du commerce. Et concurremment avec l'épicerie, la boucherie et les nouveautés pour ne citer que celles-ci, ils ne dédaignent pas les contrats usuraires sous toutes les formes.

Ils se cantonnent et forment des colonies importantes, sinon par le nombre, du moins par le rôle économique qu'ils jouent dans toutes les grandes villes des départements algériens, Alger et Constantine notamment.

Malgré tout, il est malheureusement difficile, devons-

nous répéter encore une fois, de se renseigner d'une manière précise sur la portée et le développement de ce contrat. En général, les conventions de ce genre sont verbales et si les parties les constatent par écrit elles n'y mentionnent que des promesses de paiement ou même des versements. Cependant, diverses personnalités marocaines nous ont assuré qu'à Fez les contrats de commandite se constataient presque toujours par actes passés devant le cadi et enregistrés par ses assesseurs. Les mêmes personnes ont reconnu que bien des prescriptions juridiques restaient lettre morte dans la pratique. Il nous a été impossible, malgré d'incessantes démarches de nous procurer la transcription d'un titre de cette nature. L'importance que joue la commandite dans la vie commerciale musulmane ne saurait donc être niée. La forme qui domine est celle que les juristes ont décrite, car c'est à peine si dans certains pays islamiques les usages commerciaux modernes sont adoptés par une faible minorité de commerçants. Telle qu'elle se présente, la commandite du droit musulman est susceptible de modifications profondes et en raison même de l'absence de toute controverse de principe elle est destinée à prendre la forme moderne que des usages séculaires lui ont donnée. C'est une question de temps qui se résoudra avec le développement de la vie économique des peuples musulmans.

Il n'est pas douteux que les gouvernements jeunes musulmans de Turquie, de Perse, d'Egypte, etc., adopteront, s'ils ne l'ont déjà fait, dans ce sens, les dispositions des Codes de commerce des Etats occidentaux, sans soulever aucune objection de la part de leurs ressortissants.

Déjà en matière d'intérêt ils n'ont pas hésité à légiférer, malgré les difficultés d'interprétation des textes religieux, difficultés, il est vrai, qui sont plus apparentes que réelles.

En ce qui concerne la commandite spécialement, leurs efforts rencontreront d'autant moins d'obstacles que lorsqu'il s'agit de questions d'ordre commercial, les difficultés ne sont jamais sérieuses. En effet, le formalisme rigoureux du dogme musulman s'exerce de préférence dans le domaine purement civil.

Vu ; Lyon, le 24 mai 1910.

Le Président de la thèse,

Vu : Lyon, le 25 mai 1910.

P. HUVELIN.

Le Doyen de la Faculté,

FLURER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 25 mai 1910.

Le Recteur de l'Académie, président du Conseil de l'Université.

P. JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.....	Pages VII
INTRODUCTION.....	IX

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Origine de la commande. — Parallélisme avec l'organisation caravanière. — La commande constitue un des nombreux emprunts faits par le droit occidental au droit musulman.....	1
CHAPITRE II. — Sources de la commande : le Coran et les Hadiths (traditions), — Le Prophète fut commandité par sa femme Khadidja. — Un cas historique rapporté par Málek ibn Anas.....	9
CHAPITRE III. — Définitions du <i>qirád</i> : Ibn'Abidin, ibn'Arafa et Khalil-ibn Ishâq. Noms techniques et noms usuels. — Caractères juridiques de la commande. — De l'objet de la commande. Cas où elle est prohibée comme convention usuraire.....	17

DEUXIÈME PARTIE.

CHAPITRE PREMIER. — Du capital. — § Ier. Nature et conditions de validité. — § II. Du capital alternatif. — § III. De la reconstitution du capital. — § IV. Des risques.	
--	--



